

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO

O DIREITO PENAL DO INIMIGO

CAMILE SIMAS PEREIRA

RIO DE JANEIRO

2008

CAMILE SIMAS PEREIRA

O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Trabalho de conclusão de curso  
apresentado à Faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Rio de Janeiro,  
como requisito parcial para obtenção do  
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Carlos Eduardo Adriano Japiassú

RIO DE JANEIRO

2008

Pereira, Camile Simas.

O Direito Penal do Inimigo / Camile Simas Pereira. – 2008.

62 f.

Orientador: Carlos Eduardo Adriano Japiassú.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 60-62.

1. Direito Penal – Filosofia – Monografias. I. Japiassú, Carlos Eduardo Adriano. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 341.5

CAMILE SIMAS PEREIRA

## O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à  
Faculdade de Direito da Universidade Federal  
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para  
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Banca Examinadora:

---

Carlos Eduardo Adriano Japiassú – Presidente da Banca Examinadora  
Prof. – Faculdade Nacional de Direito / UFRJ – Orientador

---

2º Examinador

---

3º Examinador

## RESUMO

PEREIRA, C. S. **O Direito Penal do Inimigo**. 2008. 62 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Analisa-se os mais relevantes temas envolvendo a Teoria do Direito Penal do Inimigo. Para a melhor compreensão do estudo, a primeira parte volta-se a análise do assunto sob uma perspectiva atual com fulcro nas novas tendências expansionistas do Direito Penal e da política criminal na sociedade ocidental contemporânea. Na segunda parte é estudada a concepção de direito penal do inimigo à luz de suas raízes filosóficas, sobretudo calcadas em Thomas Hobbes e Kant, bem como de sua sistematização elaborada pelo autor alemão Günter Jakobs, a partir da identificação dos inimigos, da descrição de dois pólos contrapostos do Direito Penal, quais sejam, o Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal do Cidadão e caracterização de suas propostas no âmbito material e processual. A terceira parte dedica-se ao tratamento dispensado pela comunidade jurídica-penal às idéias do Direito Penal do Inimigo, com enfoque ao debate científico-penal e à discussão acadêmica em torno do tema.

Palavras-Chave: Direito penal do inimigo; cidadão; filosofia; expansionismo; risco; emergência.

## ABSTRACT

PEREIRA, C. S. **O Direito Penal do Inimigo**. 2008. 62 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

The present work analyzes the most relevant subjects involving the Theory of the Criminal Law of the Enemy. To provide a better comprehension of the study, the first part intends to examine the subject matter under a current perspective, based on the new expansionist tendencies of Criminal Law and of criminal politics in contemporary occidental society. The subsequent part encompasses the conception of the enemy's criminal law, in light of its philosophical roots mostly established by Thomas Hobbes and Kant, as well as its systematization, formulated by the German author Günter Jakobs, which derives from the identification of the enemies, the description of the two counterpoised poles of Criminal Law (Enemy's Criminal Law and Citizens Criminal Law) and the characterization of its proposals in both material and procedural spheres. The last part considers the treatment given by the legal-criminal community to the ideas of the Enemy's Criminal Law, focusing on the criminal science debate and on the academic discussion that surrounds the subject.

Key words: Enemy's criminal law; citizen; philosophy; expansionism; risk; emergency

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	<b>6</b>
<b>2 DO DIREITO PENAL MODERNO</b>	<b>9</b>
<b>2.1 A expansão do Direito Penal: Punitivismo e Simbolismo</b>	<b>9</b>
<b>2.2 Direito Penal de Terceira Velocidade</b>	<b>13</b>
<b>3 DO DIREITO PENAL DO INIMIGO</b>	<b>16</b>
<b>3.1 Fundamentos iusfilosóficos</b>	<b>16</b>
3.1.1 <u>O inimigo na visão de Hobbes</u>	18
3.1.2 <u>O Direito como ordem normativa ou coativa</u>	21
<b>3.2 Aspectos gerais</b>	<b>23</b>
3.2.1 <u>Da personalidade fática à periculosidade real</u>	24
3.2.2 <u>Quem são os inimigos?</u>	27
3.2.3 <u>O Direito Penal do Cidadão <i>versus</i> o Direito Penal do Inimigo</u>	32
<b>4 DO PROCESSO PENAL DO INIMIGO</b>	<b>40</b>
<b>5 CRÍTICAS</b>	<b>43</b>
<b>5.1 O Direito Penal do Inimigo como contradição em seus termos</b>	<b>43</b>
<b>5.2 O conceito de “inimigo”</b>	<b>48</b>
<b>5.3 O Direito Penal do Risco e o Direito Penal de Emergência</b>	<b>52</b>
<b>6 CONCLUSÃO</b>	<b>57</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>60</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal das “sociedades ocidentais” está passando, há alguns anos, por transformações basilares no que diz respeito tanto a percepção social da relevância do delito e do ordenamento penal, como também sua utilização nos processos políticos estão se alterando. Inequivocamente, a constatação que se pode chegar frente a essa mudança da *praxis* político-criminal é a colocação de tendências, tanto em sede de direito penal material, quanto processual, que desembocam, de modo especialmente notório, no conceito do Direito Penal do Inimigo.

A expressão Direito Penal do Inimigo, utilizada por Jakobs inicialmente em 1985, somente alcançou desenvolvimento filosófico e teórico próprios após a virada do milênio, quando então dogmatizou a Teoria em testilha segundo uma visão afirmativa, legitimadora e justificadora e não mais meramente descritiva.

O presente estudo tratará primeiramente da Teoria do Direito Penal do Inimigo, sob uma perspectiva atual com fulcro nas novas tendências expansionistas do Direito Penal e da política criminal.

Assim, dentro de uma visão geral do Direito Penal moderno, merecerá destaque o estudo do Direito Penal de terceira velocidade, tratado por Silva Sánchez, que se caracteriza pela aplicação de pena privativa de liberdade sem, no entanto, a observância de garantias processuais e penais, bem como os reflexos da Teoria em comento nas figuras delitivas atuais, decorrentes da globalização, como crimes contra a ordem econômica, tráfico de drogas e de pessoas, o terrorismo, ou seja, delitos cujo sujeito passivo corresponde a uma organização criminosa normalmente transnacional, sendo o sujeito passivo difuso e o bem jurídico violado coletivo.

Tratar-se-á, outrossim, de uma imagem mais concreta desta evolução político-criminal atual realizada em duas realidades fenomenológicas interativas, qual sejam, o punitivismo expansionista e o Direito Penal Simbólico, capazes de agregar, num mesmo patamar, o conservadorismo e o liberalismo penal, que constituem a linhagem do direito penal do inimigo.



Por oportuno, ambas as linhas de evolução, tanto simbólica quanto a punitivista, constituem a mesma linhagem do Direito Penal do Inimigo, sendo certo para a compreensão da linha de raciocínio empregada por Jakobs ao delimitar a teoria em comento faz-se mister o exame desta filiação na política criminal moderna: o simbolismo e o punitivismo penal mantêm uma relação fraternal, da qual vem resultando uma união: o direito penal do inimigo.

Neste diapasão, serão abordadas as propostas do Direito Penal do Inimigo, as quais se traduzem em verdadeiras tendências crescentes nos ordenamentos penais positivos e como instrumentos para fins de política criminal em diversos Estados, tais como, a macrocriminalização de condutas pelo legislador, com a criação de tipos vagos, que trazem, muitas vezes, a descrição típica não de uma conduta reprovável (Direito Penal do fato), mas do agente pelo o que ele é (Direito Penal do autor), criminalização antecipada, como também a cominação de penas desproporcionais, que levam em conta a periculosidade e não a culpabilidade do agente.

Em um segundo momento, o estudo refletirá acerca da concepção de direito penal do inimigo à luz de suas raízes filosóficas e sua sistematização elaborada pelo penalista alemão Günter Jakobs, até chegarmos à discussão levada a cabo pela doutrina internacional em seus aspectos essenciais.

Inspira-se Jakobs nos pensamentos de Hobbes e Kant, precursores da Teoria Contratualista do Estado, na medida em que os indivíduos ao transgredirem a norma, abandonam o “contrato social” devendo, portanto, serem tratados como “traidores” e “inimigos” da sociedade, desmerecendo, assim, o tratamento como “súditos”, o que justifica a existência de dois Direito Penais, a saber: aquele relacionado a criminosos eventuais, ou seja, aqueles que mesmo depois do crime, oferecem garantias de que se conduzirão como pessoas que atuam com fidelidade ao Direito; e outros, criminosos em potencial que atentam permanentemente contra o Estado.

Portanto, a sistematização do direito penal do inimigo a partir da identificação dos inimigos como aqueles que reincidem permanentemente na prática de delitos ou os que cometem delitos que ponham em risco a própria existência do Estado, recusando-se a ingressar num estado de cidadania é, pois, pressuposto necessário para o estudo e admissibilidade de tal Teoria, posto que tratar tais indivíduos como inimigos e não como pessoas, constitui tese justificante para lhes conferir tratamento diferenciado, impedindo-lhes de participar de benefícios do conceito de pessoa

Por conseguinte, vislumbra-se em seu texto a descrição a que se propõe em fazer, o que seja, uma descrição de pólos ou ambivalências, referentes a um só mundo, a um só contexto jurídico-penal, porém praticamente impossível de serem encontrados de forma absolutamente pura.

Por fim, tratar-se-á ao debate, com todo respeito e imparcialidade que o tema requer, de forma imparcial, questionamentos e críticas à teoria elaboradas pela doutrina penal, capitaneada, sobretudo, por Cancio Meliá e Eugênio Raúl Zaffaroni, como aspectos frágeis notadamente pela insolubilidade dos problemas aos se destina tratar, tendo em vista que não se vislumbrou ainda, nos sistemas penais que o adotam, redução da criminalidade. Ademais, insurgem tais autores pela inconstitucionalidade de suas propostas, sobretudo no que tange a desconsideração do inimigo da condição de pessoa, dentre outros.

A relevância do tema é notória. É cediço que, ante a conjuntura política, social e econômica atual, o Direito Penal impõe-se como um verdadeiro “remédio” às mazelas que assolam a sociedade. Em assim sendo, utiliza-se o Direito Penal tão somente como um instrumento de resposta aos anseios sociais imediatos, o que gera, *a priori*, um sistema meramente punitivista e simbólico, ameaçando, assim, o Estado democrático de Direito.

Por outro lado, pretende o Direito Penal do Inimigo atuar como um agente do Estado face às novas condutas delitivas, para as quais o sistema penal vigente não dispõe, muitas vezes, de elementos eficazes para combatê-las, ofertando soluções que se baseiam na promessa de cumprimento da função instrumental de defesa social por meio de do combate aos inimigos e conseqüente eliminação de perigo, e do controle efetivo da criminalidade.

Neste contexto, faz-se mister saber qual tendência prevalecerá em sede penal diante desse novo cenário global? As propostas ofertadas pela Teoria Jakobiana se mostram eficazes como meios de defesa da sociedade? Qual tendência do Direito Penal tornar-se-á hegemônica: o Direito Penal do Cidadão, juntamente como garantismo penal, pelos quais as garantias materiais e processuais do indivíduo são absolutas ou o Direito Penal do Inimigo que busca, por meio de da coação, eliminar o perigo? Ou, ainda, seria possível a coexistência de ambas as tendências penais dentro de um mesmo sistema jurídico criminal?

## **2 DO DIREITO PENAL MODERNO**

Pode-se afirmar que, nos últimos anos, os ordenamentos penais das sociedades modernas têm começado a experimentar um desvio que os orienta de uma posição consideravelmente estática, dentro um núcleo duro, no qual as adaptações eram feitas de forma setorial e toda e qualquer mudança submetia-se ao crivo de uma forte discussão política e científica, para um lugar exposto e de vanguarda, com a introdução de novos conteúdos e reformulação de setores inteiros de regulação em um ritmo acelerado, de modo que os temas de confrontação política cotidiana aparecem de forma cada vez mais rápida positivados no Código Penal.

Destarte, com mais razão após os acontecimentos de 11 de setembro de 2002 que aterrorizam a grande potência mundial estadunidense, o combate a chamada criminalidade organizada e, sobretudo, ao terrorismo fora reforçado pela (re-) introdução das idéias de Jakobs e seu Direito Penal do Inimigo no cenário político-criminal do mundo ocidental.

Contudo, a tese jakobsiana há que ser vista, sob a égide das modernas tendências atuais da Ciência Criminal, como um produto das diversas realidades fenomenológicas.

## 2.1 A expansão do Direito Penal: Punitivismo e Simbolismo

A expressão “expansão do Direito Penal” foi primeiramente ventilada pelo Autor espanhol Jesus Maria Silva Sánchez em sua monografia *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*<sup>1</sup>. Efetivamente, legislações penais das sociedades pós-industriais vêm percebendo o surgimento de inúmeras figuras novas ou, até mesmo de setores inteiros de regulação, acompanhados de uma intensa atividade de reforma de tipos penais já existentes, realizada num ritmo mais elevado que de época anteriores.

Com efeito, da análise deste fenômeno extrai-se que a evolução da política criminal atual, cuja confluência gera o Direito Penal do Inimigo, segundo Manuel Cancio Meliá pode

---

<sup>1</sup> SANCHEZ, Jesus Maria Silva. **La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales** 3. ed. Madrid: Editora Civitas, 2001,

ser retratada por meio de de outros dois fenômenos: o chamado Direito Penal Simbólico e o que pode se denominar ressurgimento do punitivismo.<sup>2</sup>

Destarte, Cancio Meliá atribui ambas as linhas de evolução, a simbólica e a punitivista, filiação ao Direito Penal do Inimigo, não são detectáveis de forma nitidamente distinta na realidade legislativa.

Na sua acepção crítica, o conceito de Direito Penal Simbólico é representado pela promulgação de normas penais por determinados agentes políticos com o precípuo propósito de transmitir à opinião pública “a impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido, isto é, que predomina uma função latente sobre a manifesta”<sup>3</sup>, pois, na realidade, o legislador sabe de antemão que tais normas terão escassa aplicação prática.

De fato, os elementos de interação simbólica são a mesma essência do Direito Penal, isto é, a despeito das críticas ao simbolismo moderno, toda a legislação penal possui, necessariamente, características simbólicas de sustentação da estrutura do poder social por meio de da via punitiva<sup>4</sup>.

Todavia, o fenômeno em testilha tem como fulcro a desnaturação axiológica do sistema penal pela necessidade de restauração da ordem, por meio de do emprego simbólico do direito e do processo penal como técnica de dominação e reprodução do poder.<sup>5</sup>

Por conseguinte, há um desvirtuamento valorativo da instrumentalidade do direito penal, conforme se depreende das palavras de Alberto Silva Franco:

Se tudo isso não bastasse, a função nitidamente instrumental do Direito Penal ingressa numa fase crepuscular cedendo passo, na atualidade, à consideração de que o controle penal desempenha uma função puramente simbólica. A intervenção penal objetiva mais tutelar, com eficácia, os bens jurídicos considerados essenciais para a convivencialidade, mas apenas produzir um impacto tranquilizador sobre o cidadão e sobre a opinião pública, acalmando os sentimentos, individual ou coletivo, de insegurança<sup>6</sup>.

Contudo, essa função meramente promocional e simbólica do sistema repressivo alcança, ainda, outros resultados que não a simples operação de uma legislação penal falsa, caracterizada pela sua inaplicabilidade e não incidência real de seus propósitos.

---

<sup>2</sup> JAKOBS, Günther ; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo, Noções e Críticas**. Org. e Trad.: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 57.

<sup>3</sup> Ibid. p. 59.

<sup>4</sup> ZAFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 78.

<sup>5</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2002. p. 46.

<sup>6</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Prefácio ao Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 10.

Em razão dessa inoperância nas finalidades a que se propõe, o sistema simbólico passa a ter como resultado a automanutenção do sistema<sup>7</sup> ao gerar a criação consciente na população de determinadas condutas no que tange aos fenômenos penais que posteriormente são satisfeitas pelas forças políticas que se valem da tipificação penal como mecanismo de criação de uma identidade social (ao que Cancio Meliá chama de “estratégias técnico-mercantilistas de conservação do poder político”)<sup>8</sup>.

Isto é:

[...] o Direito penal simbólico não só identifica um determinado fato, mas também (ou: sobretudo) um específico tipo de autor, que é definido não como igual, mas como outro. Isto é, a existência da norma penal – deixando de lado as estratégias técnico-mercantilistas, a curto prazo, dos agentes políticos – persegue a construção de uma determinada imagem de identidade social, mediante a definição dos autores como outros, não integrados nessa identidade, mediante a exclusão do outro.<sup>9</sup>

Ocorre que, os fenômenos de expansão não só se materializam nas hipóteses de promulgação de normas penais meramente simbólicas como acima demonstrada (neocriminalização), mas também por meio de processos de criminalização à moda antiga.

<sup>10</sup>

Trata-se, pois, do ressurgir do punitivismo que, por sua vez, se caracteriza pela introdução de novas figuras típicas com efetiva aplicabilidade prática (ou mesmo uma aplicação seletiva) e/ou pelo agravamento das penas já existentes. Neste diapasão, a instauração de um clima punitivista inverte o processo havido nas últimas décadas de supressão de diversas infrações (neste sentido, Cancio Meliá faz referência aos movimentos de reforma na Espanha percebidos desde 1978)<sup>11</sup>.

Assim como no simbolismo, a tendência atual reflete-se na incorporação destes processos de criminalização no debate político alterando as tradicionais tendências de populismo na legislação penal que antes se resumiam na seguinte fórmula: esquerda política com demandas de descriminalização e direita política com demandas de criminalização.

Sobretudo no tocante à esquerda política, cujo critério político-criminal era identificado pela criminalização tão somente como um mecanismo de repressão para a

<sup>7</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. Ob. cit. p. 48.

<sup>8</sup> JAKOBS, Günther ; CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. cit. p. 65.

<sup>9</sup> Loc. cit.

<sup>10</sup> Ibid. p. 60.

<sup>11</sup> Loc. cit.

manutenção do sistema econômico-político de dominação<sup>12</sup>, faz-se patente sua incorporação ao discurso da *law and order* até então monopolizado pela direita política ao adotar pretensões de neocriminalização, especificamente de esquerda, como delitos de discriminação, delitos que têm como sujeito passivo mulheres maltratadas, dentre outros.

Entretanto, há que se destacar, outrossim, a mudança de atitude que também permeia a direita política que tem visto, em sede de política criminal, que a aprovação de normas penais é uma via para adquirir matizes políticas progressistas.

De uma maneira geral, e aqui não mais refere-se às questões de política criminal no âmbito parlamentar-político, a tendência atual do legislador é a de reagir com firmeza dentro de uma gama de setores a serem regulados, dentro da luta contra a criminalidade, por meio de do incremento de novas figuras delitivas e do rigor punitivo.

A título ilustrativo segue:

Um exemplo tomado do Código penal espanhol são as infrações relativas ao tráfico de drogas ou entorpecentes e substâncias psicotrópicas: a regulação contida no texto de 1995 duplica a pena prevista na regulação anterior, de modo que a venda de uma dose de cocaína – considerada uma substância que produz grave dano à saúde, ensejando a aplicação de um tipo qualificado – supõe uma pena de três a nove anos de privação de liberdade (frente a, aproximadamente, um a quatro anos do Código anterior), potencialmente superior, por exemplo, à pena de um homicídio culposo grave (um a quatro anos) ou a um delito de aborto sem consentimento da gestante (quatro a oito anos) nos termos previstos Código pena da democracia, apoiado parlamentamente pela esquerda política.<sup>13</sup>

Do exposto, verifica-se que o Direito penal simbólico e o punitivismo mantêm entre si uma relação fraternal que é, portanto, mais complementar do que de exclusão recíproca<sup>14</sup>. Assim, a introdução de uma legislação radicalmente punitivista, a despeito do elemento essencial de motivação do legislador quando da aprovação dessas normas ser seus efeitos simbólicos, tal legislação ter imediata incidência nas estatísticas da persecução criminal, haja vista que são aptas a ensejar um processo penal real.

É, pois, da união desses dois fenômenos atuais, capazes de agregar, num mesmo ninho, o conservadorismo e o liberalismo penal, que surge os paradigmas preconizados pelo direito penal do inimigo.

<sup>12</sup> SANCHEZ, Jesus Maria Silva. Op. cit. 2001, p. 57.

<sup>13</sup> JAKOBS, Günther ; CANCIO MELIÁ, Manuel. Ob. cit. p. 63.

<sup>14</sup> JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003, p. 65 e 76-78.

## 2.2 Do Direito Penal de Terceira Velocidade

O penalista espanhol Jesús-Maria Silva Sánchez concebe uma configuração dualista do sistema de Direito Penal com base em dois níveis distintos de graduação da vigência das regras de imputação e dos princípios de garantia no próprio seio do ordenamento jurídico-penal, em que função do concreto modelo sancionatório que este acabe assumindo<sup>15</sup>.

Assim, de acordo com sua posição, no momento atual estão se diferenciando duas velocidades no marco do sistema penal, quais sejam: a primeira velocidade representada por um setor mais rígido do ordenamento, dirigido às infrações em que se impõem penas privativas de liberdade e que, segundo Silva Sánchez, devem manter-se de modo estrito os princípios político-criminais, as regras de imputação e os princípios processuais clássicos<sup>16</sup>.

Já a segunda velocidade resultaria da expansão do Direito Penal e conseqüente aumento dos tipos penais decorrentes dos riscos pós-modernos. Em sendo assim, constituir-se-ia por aquelas infrações nas quais as penas privativas de liberdade são substituídas por penas alternativas, como restritivas de direito e pecuniárias (multa) que, por se tratarem de figuras delitivas de cunho novo, caberia a flexibilização proporcional dos princípios e regras clássicos a menor gravidade das sanções. Em suma, este fato decorre da administrativização e da implementação de acordos no âmbito do processo penal.<sup>17</sup>

Portanto, a Teoria de segunda velocidade do direito penal considera que para os delitos aos quais são imputadas penas privativas de liberdade, não de ser respeitadas todas as garantias e princípios processuais e, para que haja uma relativização dessas garantias, faz-se mister, em contrapartida, a aplicação de penas mais brandas. Ou seja, que onde ocorra a flexibilização de garantias e princípios processuais ocorra também a exclusão da pena de prisão.

---

<sup>15</sup> SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. Op. cit. p. 140.

<sup>16</sup> Ibid. p. 159.

<sup>17</sup> BONHO, Luciana Tramontin. Noções introdutórias sobre o direito penal do inimigo . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1048, 15 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8439>>. Acesso em: 04 nov. 2008 .

Ressalte-se que o tema acerca da aplicabilidade da pena privativa de liberdade e de penas alternativas também foi ventilada por Claus Roxin<sup>18</sup> ao prever o fim da pena privativa de liberdade e sua substituição por penas alternativas, pois com o aumento da criminalidade e dos dispositivos penais se chegará a um ponto em que será inviável, econômica e politicamente, para o Estado mantê-la.

Neste diapasão, argumenta o autor que nos últimos anos a Alemanha tem aumentado consideravelmente a aplicação da multa ao invés da prisão, pois o Estado demonstra sua reprovação aos crimes não pela intensidade da sanção e sim pela simples prevenção.

Como solução, Silva Sánchez preconiza um Direito Penal, ao mesmo tempo, funcional e garantista, no qual sejam preservadas as garantias individuais para o núcleo dos delitos individuais clássicos, para os quais é prevista a pena de prisão. Mas, para as novas modalidades de delitos, os quais não colocam um perigo real a bens individuais, sustenta a flexibilização controlada das regras de imputação (a saber, responsabilidade penal das pessoas jurídicas, ampliação dos critérios de autoria ou da comissão por omissão, dos requisitos de vencibilidade do erro), como também dos princípios político-criminais (por exemplo, o princípio da legalidade, o mandato de determinação ou o principio de culpabilidade)<sup>19</sup>.

Neste sentido:

*El conflicto entre un Derecho penal amplio y flexible (convertido en un indeseable **soft law**) y un Derecho penal mínimo y rígido -seguramente imposible- debe hallar así una solución en el «punto medio» de la configuración dualista. En efecto, no parece que la sociedad actual esté dispuesta a admitir un Derecho penal orientado al paradigma del «Derecho penal mínimo». Pero ello no significa que la situación nos aboque a un modelo de Derecho penal máximo. La función racionalizadora del Estado sobre la demanda social de punición puede dar lugar a un producto que resulte, por un lado, funcional y, por otro lado, suficientemente garantista. Así, se trata de salvaguardar el modelo clásico de imputación y de principios para el núcleo duro de los delitos que tienen asignada una pena privativa de libertad.<sup>20</sup>*

No entanto, em Silva Sánchez, o direito penal do inimigo excede a proposta das duas velocidades, pelo que considera o referido penalista espanhol o direito esquematizado por Jakobs como uma terceira velocidade do direito penal, na qual coexistiriam a imposição de penas privativas de liberdade e a ampla flexibilização dos clássicos princípios político-

<sup>18</sup> ROXIN, Claus. Tem futuro o Direito Penal? Doutrina Penal - primeira seção. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 790, ano 90, p. 468 - 469, agosto. 2001.

<sup>19</sup> SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. Op. cit. p. 146.

<sup>20</sup> Ibid. p. 124 - 125.



criminais de garantia e das regras de imputação, desde que baseada em critérios de necessidade, subsidiariedade e eficácia<sup>21</sup>.

Assim, defende o autor que, dentro de um contexto de emergência em que está inserida, essa terceira velocidade de direito penal seria um “mal menor”, posto que limitada a um âmbito de pequena expressão (aos casos de absoluta necessidade, subsidiariedade e eficácia). Porém, conclui que, ainda assim, seria inevitável frente a determinados delitos como terrorismo, delinquência sexual violenta e reiterada e criminalidade organizada.<sup>22</sup>

Por derradeiro, cumpre ressaltar, entre as idéias de Silva Sánchez, que não é apenas a teoria da terceira velocidade do direito penal que vem perfeitamente ao encontro da classificação do direito penal do inimigo. Neste aspecto, Silva Sánchez também constata em sua obra o fenômeno social do retorno da teoria da neutralização seletiva<sup>23</sup>, resultante da administrativização do Direito Penal, que também se coaduna com a teoria do Direito Penal do Inimigo.

A teoria da neutralização seletiva consiste na possibilidade de se identificar um número pequeno de delinquentes responsáveis por um grande número de delitos e que tendem a continuar delinquindo, partindo-se para tanto de critérios estatísticos. Dessa forma, neutralizando-se os delinquentes, ao mantê-los na prisão pelo máximo de tempo possível, ter-se-ia uma radical redução do número de delitos, importante benefício a baixo custo.

Destarte, essa neutralização tem-se manifestado de várias formas, como por exemplo, na adoção de medidas de segurança tais como, privação da liberdade e liberdade vigiada, que visam manter o indivíduo sob controle do Estado mesmo depois de cumprida a pena de acordo com a sua culpabilidade, além da adoção de medidas prévias à condenação em excesso

<sup>24</sup>.

Portanto, resta demonstrado, nas próprias idéias de Sánchez, que essa “neutralização seletiva” visa combater e neutralizar os “inimigos” de Jakobs, para os quais se destina essa maximização das penas privativas liberdade associada a excepcionalidade da ampla relativização dos princípios e regras materiais e processuais clássicos.

---

<sup>21</sup> Ibid. p. 148 – 151.

<sup>22</sup> Loc. cit.

<sup>23</sup> Ibid. p. 130 – 131.

<sup>24</sup> Ibid. p. 134 – 135.

### 3 DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

#### 3.1 Fundamentos iusfilosóficos

Jakobs fundamenta sua Teoria na filosofia política iluminista, em especial nos pensamentos de Hobbes<sup>25</sup> e Kant<sup>26</sup>, precursores da Teoria Contratualista do Estado do Iluminismo, que atribuem a instituição do Estado à celebração de um contrato, mediante um pacto ou convênio, para o qual basta a concorrência da vontade de uma maioria.

Em sendo assim, é da infração a tal contrato que surge o delito, deixando o infrator de participar da relação jurídica antes firmada com o Estado e de gozar de seus benefícios, visto que optam por abandonar o contrato social. Neste sentido, Rousseau<sup>27</sup> defende que qualquer delinquente ao atacar o direito social deixa de ser um membro do Estado, posto que com seu delito converte-se em rebelde e traidor da pátria, sendo, pois, seu inimigo, logo, deve morrer como tal e não como um cidadão. Aí reside o direito de guerra que passa a vigorar com o rompimento do pacto social, que consiste no direito de matar o vencido.

De maneira análoga, Fichte<sup>28</sup> afirma que para aquele que viola o contrato cabe a perda de todos os seus direitos, importando, como regra geral, em sua morte civil, não como pena, mas como um instrumento de segurança. Ocorre que, não obstante apregoar esse rigor, pelo qual todo delito exclui do Estado, Fichte<sup>29</sup> entende que é de interesse do Estado, bem como do próprio cidadão na conservação de seus direitos, pelo que afirma ser possível a realização de um pacto de expiação entre todos, mediante o qual o Estado comprometer-se-ia em não excluir o delinquente, mas permitir-lhe a substituição por outra pena, desde que compatível com a segurança pública.

---

<sup>25</sup> HOBBS *apud* JAKOBS, Günther ; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo, Noções e Críticas**. Org. e Trad.: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 25-29.

<sup>26</sup> KANT *apud* JAKOBS, Günther ; CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. cit. p. 25-29.

<sup>27</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **El contrato social o Principios de derecho político, Libro Segundo, V**. Trad.: María José Villaverde. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2000. p. 34.

<sup>28</sup> FITCHE *apud* JAKOBS, Günther ; CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. cit. p. 26.

<sup>29</sup> Loc. cit.

Entretanto, casos há em que acredita não ser possível a aplicação desse pacto, por exemplo, para o réu de assassinato intencional e premeditado, para qual somente cabe a anulação do contrato, com a provação de todos seus direitos e conseqüente exclusão absoluta do Estado.

A despeito da ideologia possivelmente legitimadora de Rosseau e Fitch, Jakobs afeiçoa-se à Hobbes e Kant como precursores filosóficos de seu estudo<sup>30</sup>, vez que conferem um tratamento diferenciado a cidadãos e inimigos em relação àqueles filósofos, haja vista que enquanto estes teóricos excluem do ordenamento jurídico todo e qualquer criminoso (com a ressalva de Fitch e seu pacto de expiação, entretanto, essa medida só aplicada em caráter de exceção), por considerá-los sempre como inimigos, aqueles prezam, em princípio, como regra geral, pela manutenção da condição de cidadão do delinqüente.

Para Hobbes<sup>31</sup>, apenas deve ser despersonalizado o réu de alta traição, pelo que rescindiu o contrato de submissão com o Estado, incorrendo, pois, na negação de sua própria constituição. No entanto, para os demais infratores, torna-se indispensável a preservação de seus *status* de pessoa não só porque goza do direito de ressocializar-se, mas também porque tem o dever de reparar o mal causado, sendo certo que para tanto faz-se mister ser dotado de personalidade jurídica, algo do qual não pode ser destituído, por si próprio, pela simples prática de ato criminoso.

Neste diapasão, Kant<sup>32</sup>, em seu escrito “Sobre a paz perpétua”, aprofunda ainda mais a questão ao diferenciar o estado de natureza (*statu inistuo* ou *status naturalis*) do estado de paz, garantido pela instauração de um estado comunitário-legal, por meio de de uma constituição jurídica que assegure o direito político dos homens em uma sociedade (*ius civitatis*) e o direito internacional dos Estados nas suas relações mútuas (*ius gentium*). A problemática Kantiana reside justamente na passagem de um estado para o outro. Senão vejamos:

O estado de natureza é o estado de guerra, caracterizado pela ausência de normas, pela liberdade e resistência excessiva, havendo nele uma ameaça constante entre os indivíduos. No entanto, instaurado o estado legal não há que se falar neste estado de guerra típico do estado de natureza, porquanto que agora passam os indivíduos a oferecerem segurança uns aos outros.

<sup>30</sup> JAKOBS, Günther ; CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. cit. p. 25-30.

<sup>31</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatán o la material, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil**. Trad. : Carlos Mellizo. Madrid: Alianza Editorial, 1999. p. 267.

<sup>32</sup> KANT, Emanuel. **Sobre la paz perpetua**. Trad.: Joaquín Abellán. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1996. p. 14-15.

Em razão disso, toda pessoa nesse estado legal encontra-se legitimada a obrigar qualquer outra, que nele não se encontre, a ingressar em tal condição porque um homem no estado de natureza priva seu vizinho da segurança necessária, o ameaçando constantemente pela carência de lei de seu estado.

Assim, aqueles que se recusam em passar do estado de natureza para o comunitário-legal ou aqueles que o abandonam, não devem gozar dos benefícios do conceito de pessoa, não sendo tratados como pessoa, mas como inimigo, visto que a ausência de legalidade de seu estado ameaça constantemente aquele que se acha em uma constituição cidadã, dada a periculosidade de seu comportamento que, per si, já representa uma lesão aos demais, ainda que não haja dano real.

### 3.1.1 O inimigo na visão de Hobbes

A despeito da incursão política e filosófica acima exposta, é no discurso de Hobbes, sobretudo na distinção que faz entre direito civil e direito de guerra, que se vislumbra a maior seara de argumentos que permitem identificar com clareza traços da teoria em comento, podendo até mesmo ser considerada uma antecipação histórica de suas idéias.

Num primeiro momento, Hobbes<sup>33</sup> também tece considerações acerca do estado de natureza (*ius naturale*), no qual todos têm direito a tudo e todos os homens são inimigos uns dos outros, vez que se encontram em um estado de guerra, no qual não há um poder comum, não há lei e, portanto, não há justo ou injusto, prevalecendo tão somente a força e a fraude, como duas virtudes cardeais desta guerra.

A superação desse estado decorre da necessidade humana em assegurar sua própria preservação, em razão do medo da morte, e o fazem mediante a busca pela paz, na qual há transferência mútua de direitos por parte de todos, que renunciam a sua vontade em prol de uma só vontade (pacto de submissão), por meio da celebração de um contrato, restando constituído, desse modo, o Estado ou a sociedade civil, que tem como finalidade precípua a

---

<sup>33</sup> HOBBS, Thomas. Op. cit. p. 78-81.

consecução da paz e da segurança de todos, que o faz por meio de da promulgação de leis civis<sup>34</sup>.

Pois bem, segundo Hobbes<sup>35</sup> inimigos, são indivíduos que se encontram no estado de natureza, que gozam da liberdade de usar seu próprio poder da maneira que quiserem para a preservação de sua vida e, assim, de fazer tudo que seu próprio julgamento e razão lhe permitirem como meios adequados a esse fim.

Nessa condição de guerra, o homem é governado por sua própria razão, não estando sujeitos às leis naturais ou civis do Estado, posto que não aderiram ao contrato e, com suas condutas podem incorrer em crime de lesa-majestade, pelo qual o cidadão declara não ter mais vontade de se submeter ao Estado ou incorrem em um ato de hostilidade que atenta contra a organização do Estado. Então, somente os cidadãos podem transgredir as leis civis, vez que somente eles são considerados súditos do Estado, que detém o poder supremo<sup>36</sup>.

Em assim sendo, em Hobbes<sup>37</sup>, não há que se falar em delitos no estado de natureza, pois nele vige uma liberdade normativa ilimitada, e delitos só ocorrem em uma sociedade ordenada por normas, quando há violação da ordem estabelecida. Com base nessa premissa, somente os cidadãos encontram-se aptos a delinquir, o que se verifica quando sua conduta atenta contra a vigência da norma, da lei civil que define o delito, bem como, somente a eles se impõe uma pena, a fim de que se restabeleça o *status quo ante* (a saber, o equilíbrio e vigência da norma), restando, pois, assegurado seu papel de cidadão.

Portanto, o castigo, em Hobbes<sup>38</sup>, conforme já dito, adquire o mesmo sentido da moderna prevenção geral positiva e da prevenção especial da pena (que será adiante aprofundada), pois permite tanto o reforço da consciência de fidelidade à norma e da condição de cidadão, como também a reconciliação do delinquente com seu *status* de cidadão, por meio de da ressocialização.

Desta feita, o direito de punir do Estado bem como o Direito Penal, possui unicamente como destinatários os cidadãos, visto que somente estes oferecem garantia suficiente de segurança cognitiva de seu comportamento pessoal. Nesse sentido, Hobbes<sup>39</sup> é categórico em afirmar que os castigos estipulados em lei só são aplicáveis aos súditos, não aos inimigos.

---

<sup>34</sup> Ibid. p. 120-121 e 157.

<sup>35</sup> Ibid. p. 115.

<sup>36</sup> Ibid. p. 157 e 267.

<sup>37</sup> Ibid. p. 120.

<sup>38</sup> Ibid. p. 266.

<sup>39</sup> Ibid. p. 268.

Já no tocante os inimigos, estes não serão castigados segundo as normas princípios do Direito Penal, mas segundo o direito natural, pelo direito de guerra, que autoriza o Estado impor-lhes toda lesão que lhe parecer oportuna, que já não pode ser classificada como um castigo, mas como um ato legal de hostilidade, por serem potencialmente lesivos não só ao ente estatal porque ameaçam sua dissolução, como também aos seus súditos, pela falta de segurança cognitiva de sua conduta, típica do estado de natureza em que se acham<sup>40</sup>.

Portanto, com o fulcro nos pensamentos acima, vislumbra-se a existência de dois Direitos Penais distintos: o Direito Penal do cidadão, aplicável àquele criminoso que mantém seu *status* de pessoa, posto que incorre em um deslize reparável e o Direito Penal do Inimigo, que, para Hobbes<sup>41</sup>, refere-se ao indivíduo que reincide persistentemente na comissão de infrações que ameaçam constantemente estado de cidadania e aos réus de “delitos de alta traição” que cometem atos de hostilidade contra a organização estatal.

A esta última categoria de criminosos será aplicado pelo Estado medidas, que se assemelham às disposições legais contemporâneas desenvolvidas atualmente pelos seguidores da Teoria em estudo, como uma nítida antecipação da punibilidade para um estágio prévio, alcançando fatos que tenham apenas caráter de atos preparatórios, de sorte que, também são considerados como crimes de lesa-majestade aquelas condutas que não importem necessariamente em exteriorização de uma vontade, mas em mera cogitação ou até mesmo a incitação a prática de tais delitos.

No que concerne à pena, esta adquire um sentido de vingança estatal aplicada ao rebelde e, portanto, constitui um ato de hostilidade, revelando-se excessiva e desproporcional à infração cometida.

Cumprе destacar que Hobbes<sup>42</sup> em sua obra prevê ainda garantias processuais, como a inexistência do dever de auto-acusação, a proibição do uso de prova ilícita, em especial a confissão obtida mediante tortura, e até mesmo um prenúncio da presunção da inocência.

Ocorre que, não obstante não fazer menção expressa à restrição dessas garantias aos inimigos, há quem defenda que sua diminuição deve ser consequência necessária, vez que esta é uma das mais relevantes características do Direito Penal do Inimigo nas concepções atuais,

---

<sup>40</sup> Ibid. p. 265-267.

<sup>41</sup> Ibid. . p. 267.

<sup>42</sup> Ibid. p. 127, 270

o que seria até contraditório a exigência de garantias processuais, sendo o processo um instrumento para viabilizar não a aplicação de uma pena, mas a vingança do Estado.<sup>43</sup>

Portanto, extrai-se da Doutrina Hobbesiana um importante aval histórico, jusfilosófico e político para o Direito Penal do Inimigo, bem como um conteúdo programático suficiente para a configuração do Direito Penal do Inimigo como um Direito de Guerra.

### 3.1.2 O Direito como ordem normativa ou coativa

Na visão Jakobiana<sup>44</sup>, o Direito, apenas pode ser tido como ordem normativa quando contempla pessoas, visto que toda normatividade carece de uma percepção cognitiva para poder ser real. Destinando-se a norma a configuração de uma sociedade, dentro do chamado funcionalismo sistêmico, sua percepção cognitiva residiria na segurança pessoal de que todos naquela sociedade pautariam sua conduta em conformidade com a norma, sem infringi-la, gerando, pois, e com isso, expectativas de conduta.

A *contrario sensu*, a ausência de segurança cognitiva suficiente esvazia o conteúdo da norma, transformando-a em uma “promessa vazia”,<sup>45</sup> visto que já não mais determina a configuração de uma realidade social passível de ser desfrutada.

Com efeito, somente em uma sociedade ordenada por normas é que se verifica a existência de direitos (*ius*), em face dos quais se contrapõem deveres (*obligatio*), que se traduzem na garantia de que o outro se conduzirá como cidadão, ou seja, como pessoa que age com fidelidade à norma e na obrigação de realizar um comportamento segundo o ordenamento jurídico, proporcionando uma garantia cognitiva mínima necessária que lhe assegure um tratamento como pessoa.

Dito isto, no entender de Jakobs, as normas são parâmetros de interpretação, ou seja, devem estar sedimentada de maneira cognitiva, transformando, assim, o mundo da natureza em um mundo de sentido ou de comunicação, no qual a norma funciona como fundamentação

---

<sup>43</sup> GRACIA MARTÍN, Luis. **Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo**. Trad.: Érika Mendes de Carvalho e Luis Régis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007, p. 119.

<sup>44</sup> JAKOBS, Günther ; CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. cit. p. 45-46.

<sup>45</sup> Ibid. p. 33-34.

à expectativa e confiança de que fatos delituosos não serão cometidos pelos outros. Outrossim, é a norma que faz da causação de um fato um delito e a caracterização de uma pessoa como vítima ou autor desse delito, agindo, portanto, fática e contrafaticamente.

Da mesma forma, por mais paradoxal que possa parecer em um primeiro contato, os delitos só acontecem em uma sociedade ordenada por normas, posto que correspondem a uma infração desta, um “deslize reparável”, no qual se danificou a vigência da norma, sendo, por isso, imposto a ele uma pena que corresponde a compensação desse dano.

Aí reside a base teórica do sistema funcional ou Funcionalismo de Jakobs, na qual, diferentemente dos demais pensadores da Teoria do Delito moderna, bem jurídico penal é precisamente a norma penal e não os bens e interesses nela tutelados, como afirmam os partidários de uma teoria da prevenção da pena, para os quais a função do Direito Penal é protege esses bens e, por isso, só interviria após a efetiva lesão a esses bens, não alcançando, pois a reparação dos danos praticados pelo agente, como defendem os retributivistas (inflicção de um mal – pena – pela causação de um outro - crime).

Em Jakobs, notadamente filiado à concepção de pena de Hegel<sup>46</sup>, esta corresponde à confirmação da validade da norma, servindo à segurança cognitiva de sua vigência. Dessa forma, em havendo numa ação contrária à norma deflagração da expectativa do comportamento esperado, a pena marginalizaria essa conduta, prestando-se, assim, à manutenção da configuração normativa da sociedade, levando à estabilização das expectativas e, portanto, da fidelidade ao Direito.

Em assim sendo, ausente a norma, caracterizado restará tão somente o mundo da natureza, no qual vige o Direito como ordem coativa, circunscrito pela violência física de cada indivíduo de fazer ou deixar de fazer o que queira, bastando para tanto que assim o possa. Dessa liberdade normativa ilimitada, depreende-se o fato de que aqui as normas não podem ser violadas, pelo que não existem. Consequentemente, quem não pode ser obrigado a uma conduta por uma norma, não pode ter suas relações regidas pelo Direito, mas somente pela coação.

Ato contínuo, para estes indivíduos, a quem logra chamá-los de inimigos, o Direito Penal traduz-se em coação física, para a eliminação de um perigo por meio de de uma medida

---

<sup>46</sup> HEGEL, George Wilhelm Friedrich . **Princípios da filosofia do direito**. Trad.: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 89.



de segurança e não de uma pena, até o estágio da guerra, na qual o vencedor determina quais são as normas e o perdedor apenas deve submeter-se a elas<sup>47</sup>.

A este Direito, que denomina de Direito Penal do Inimigo e no qual rechaça seu conteúdo pejorativo, atribui um comportamento desenvolvido com base em regras, ao invés de uma conduta espontânea e impulsiva<sup>48</sup>, as quais serão abaixo examinadas.

### 3.2 ASPECTOS GERAIS

Inicialmente, a introdução do conceito de Direito Penal do Inimigo por Jakobs, por meio de da publicação de seu artigo pela Revista de Ciência Penais<sup>49</sup> em 1985, guardou propósitos primariamente críticos e descritivos, não tendo sido alvo, àquela época, de longos e calorosos debates, tampouco de tomadas de posicionamentos e reações tão firmes e apaixonadas como ocorre hoje, cerca de duas décadas depois.

Com efeito, a postura adotada em 1985 legitimava o Direito Penal do Inimigo tão somente como um direito penal de emergência, cuja vigência estaria atrelada a uma circunstância excepcional, sendo mister sua segregação de forma precisa do direito penal do cidadão, para reduzir o perigo de contaminação.

Já no atual discurso (propagado a partir de 1999 e mais notadamente em 2003), o autor defende que ambos os tipos, tanto o Direito Penal do Inimigo, quanto o do cidadão podem ser legítimos, tratando-se de dois tipos ideais que, não obstante serem dois pólos isolados dentro do Direito Penal, dificilmente aparecerão em uma configuração pura na realidade. Por isso, faz-se necessário delimitar com clareza o Direito Penal do Inimigo, pois assim torna-se menos perigoso a ocorrência de uma possível contaminação do direito penal com traços típicos da teoria em tela.

Em síntese, a postura adotada na primeira aproximação (1985) é consideravelmente mais ampla, incluindo setores de regulação mais próximos ao Direito penal do risco (só acionado em circunstâncias excepcionais de emergência) e de delitos dentro da atividade

<sup>47</sup> JAKOBS, Günther ; CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. cit. p. 36.

<sup>48</sup> Ibid. p. 22.

<sup>49</sup> GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 56, p. 81 – 112, set./out. 2006.

econômica. Já a adotada na segunda fase orienta-se mais nos delitos graves contra bens jurídicos individuais, como delitos sexuais e, em especial, o terrorismo, destacando-se aqui o fatídico 11 de setembro de 2001, tido pelo autor como uma manifestação inequívoca de um ato típico de inimigo.<sup>50</sup>

### 3.2.1 Da personalidade real à periculosidade fática

Em verdade, todo sistema penal de Jakobs estrutura-se na idéia de sociedade. O sistema social, dentro de uma postura tão somente descritiva do autor, é calcado em contextos normativos que, por sua vez, como qualquer normatividade, carecem de alicerce cognitivo para tornarem-se reais.

Em sendo o cidadão um dos principais contextos normativos de uma sociedade, é da interação destes, como pessoas, que surgem processos de comunicação sobre expectativas sociais. Neste sentido, aproxima-se de Luhman<sup>51</sup>, o qual conceitua pessoa como uma restrição individualmente atribuída de possibilidades comportamentais.

Um sistema social constituído e em funcionamento há de revelar mínimo de identidade normativa entre seus membros, revelada na compreensão geral das regulações jurídicas, de tal maneira que atuação desses membros seja conhecida e esperada pelos demais. Mas, na verdade, quem são esses membros? De quem esperar cognição fática acerca dos demais contextos normativos da sociedade?

De fato, o cerne da teoria jakobsiana, e que bem responde à retórica acima, assenta-se na noção de *pessoa*. Por sua vez, Pessoa, em Jakobs, é um termo técnico, conquanto fundado mais em um conceito jurídico do que sociológico, visto designar o portador de um papel, titular de direitos e deveres, dentre eles o conhecimento da estrutura normativa da sociedade e o comportamento conforme expectativas comunicativamente compartilhadas.

Neste diapasão, Jakobs faz efetiva distinção entre os conceitos de indivíduos e pessoas. Enquanto aquele se situaria no estado de natureza hobbesiano, sendo um ser sensorial, motivado apenas pela sua liberdade sem limites normativos (a sabe, deveres e

---

<sup>50</sup> JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**. Org. e Int.: Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. Trad. : Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris* .2008. p. 13-14.

<sup>51</sup> LUHMAN *apud* JAKOBS, Günther. Op. cit. p. 72-73.

obrigações), este seria uma construção social e não empírica, o destinatário de expectativas normativas correspondentes a papéis, como já dito acima.

Portanto, em Jakobs “pessoa” é algo distinto de “ser humano”, posto ser este tão somente o resultado de processos naturais e aquela um produto social definido como a “unidade ideal de direitos e deveres que são administrados por meio de de um corpo e de uma consciência”<sup>52</sup>.

Ademais, pessoa é o juridicamente capaz, restando, assim, excluído deste âmbito aqueles que não podem gozar de direitos ou suportar deveres.

Destarte, a qualidade de pessoa, isto é, a personalidade não advém, *a priori*, da natureza, mas implica em uma atribuição normativa, seja de caráter moral, social ou jurídico. Em sendo assim, o cidadão, o sujeito de direito é, pois um contexto normativo de interação comunicativa com a sociedade e seus membros de tal maneira que seus comportamentos sejam conhecidos e esperados por todos dentro daquela sociedade.

Daí advém a personalidade real tratada pelo autor, ou seja, a personalidade enquanto construção exclusivamente normativa é irreal. Apenas quando há certa confirmação cognitiva de fidelidade à norma, apenas quando o indivíduo torna-se capaz de orientar-se com base no lícito ou no ilícito é que a personalidade converte-se em real.<sup>53</sup>

De toda sorte que só pode ser entendida como normativa uma ordem que contemple pessoas, bem como quando se obtém, em virtude dela, uma conduta vinculada à obrigação em realizar um comportamento, sem levar em consideração as sanções que ameaçam. Do contrário, ter-se-á uma ordem coativa cognitiva e não uma ordem de normas.

Dito isto, a defraudação da expectativa desse comportamento voluntariamente e não coativamente esperado se consubstancia na ação contrária a norma penal e, assim, no crime, ou seja, violação de normas e um ordenamento. A partir daí, tem-se que não existem crimes em situações caóticas, mas apenas em um Estado de Direito, da mesma forma que se pode infirmar, no tocante aos inimigos, que somente é possível determiná-los também em um Estado de Direito, posto que em um Estado de não-Direito, ele não constitui uma singularidade por ver inimigos em todas as partes.

Assim, pois, os crimes aparecem como uma irritação, como um deslize reparável de uma sociedade ordenada cuja vigência da norma ainda que atacada, não pode ser sustentada

<sup>52</sup> GRACIA MARTIN, Luis. **Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo**. Op. Cit. p. 136.

<sup>53</sup> JAKOBS, Günther ; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo, Noções e Críticas**. Org. e Trad.: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 33

de maneira totalmente contrafática. Tampouco a personalidade do criminoso que, não obstante ter com sua conduta se afastado momentaneamente do Direito, não significa com isso que não seja capaz de oferecer qualquer alicerce cognitivo em seu comportamento.

Conquanto, como se pode conceber um ordenamento jurídico em que direitos não sejam reclamados ou obrigações não sejam cumpridas, tratando-se de ordenamentos concebidos, mas não reais e, ainda assim, por mais paradoxal que possa parecer, válidos, o erro do infrator não coloca em xeque a validade de um ordenamento se concebido tão somente como um erro e não como uma liberdade de frustrar as expectativas normativas.

Em Jakobs esses delinquentes não merecem ser vistos pelo Estado Moderno como um inimigo que se deve destruir, mas como cidadão. Neste sentido esclarece:

[...] imagine-se, por exemplo, que um sobrinho assassine seu tio para acelerar a ocorrência da sucessão. Nenhum Estado sucumbe por um caso assim. Mas ainda, o fato não se dirige contra a estabilidade do Estado, nem sequer, a princípio, de suas instituições: o sobrinho malvado pretende, por seu lado, gozar de proteção da vida e da propriedade por parte do Estado; logo, comporta-se de forma evidentemente autocontraditória; em outras palavras, opta, como pode se perceber por um mundo insustentável, e não somente do ponto de vista prático de ser insustentável numa determinada situação, como já do ponto de vista teórico: esse mundo é inconcebível.<sup>54</sup>

Nessa hipótese, a conduta criminosa deve ser entendida como um fato normal, não devendo o “sobrinho malvado” ser visto como um inimigo da sociedade como bem defendido por Rousseau e Fichte, mas como um cidadão, posto que, não obstante seu delito, ainda oferece garantia de comportar-se como tal, de maneira fidedigna ao Direito e, portanto, merece ser nele mantido por duas razões que, apesar de parecerem óbvias, reforçam a manutenção da vigência da norma pela aplicação da pena.

Primeiramente, tem o delinquente o direito de se reconciliar com a sociedade e, por conseguinte, o dever de ressarcir e recompor os danos por ele causados, sendo certo que para a efetivação de direitos e cumprimento de deveres pressupõe-se o atributo da personalidade, que não pode ser arbitrariamente despida do cidadão por si mesmo.

Ocorre que, quando a expectativa do comportamento é frustrada de modo duradouro, não oferecendo mais o indivíduo garantia cognitiva mínima de um comportamento pessoal determinado por direitos e deveres, converte-se a pessoa, até então estudada, em um mero postulado, ou seja, em um indivíduo interpretado cognitivamente. Temos, pois, aqui o

<sup>54</sup> JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**. Org. e Int.: Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. Trad. : Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2008. p. 9-10.

desaparecimento da personalidade real e no seu lugar aparece a periculosidade fática do agente, que não mais é um cidadão, visto estar despido agora de seu *status* de pessoa, sendo, portanto, um inimigo.

### 3.2.2 Quem são os inimigos?

Inicialmente, convém destacar que o termo *inimigo* usado por Jakobs se distingue da expressão adotada por Carl Schmitt<sup>55</sup> que, não obstante ser a mesma, aqui o termo inimigo provém do latim *hostis*, ou seja, alguém que é desconhecido, o estrangeiro, o diferente, aquele que, em virtude de outra vinculação política, se atribuiu uma recusa ao termos políticos vigentes. Já em Jakobs<sup>56</sup>, inimigo advém do latim *inimicus* e significa criminoso, ou seja, é uma condição da personalidade, da pessoa.

O inimigo no Direito Penal o Inimigo não é um “outro”, mas alguém que deveria comportar-se como um igual, mas opta em ser um criminoso do tipo que se supõe permanentemente perigoso.

Os inimigos são a rigor não pessoas que, em razão da prática de determinados comportamentos, dado sua peculiar natureza, abandonam por completo a sociedade com a qual, não se compartilham valor algum, como também não se respeitam as condições fundamentais de sua existência. É para estes que, na visão do autor, se justificaria o incremento das tutelas penais e processuais penais.

Assim, de forma contrária ao caso do “sobrinho malvado”, Jakobs procura demonstrar o que entende ser o infinitamente contrafático:

Exemplificando novamente, ninguém confia a administração do caixa a um defraudador notório ou entrega uma criança aos cuidados de um pedófilo notório, pois falta alicerce cognitivo à expectativa normativa de que comportamento seja condizente com o dever quando ela é repetidamente – e mesmo notoriamente – frustrada.<sup>57</sup>

Ocorre que, não obstante apregoar esse tratamento mais severo que será adiante pormenorizado, não há, contudo, a perda da humanidade por parte desses indivíduos, a quem,

<sup>55</sup> SCHMITT, Carl *apud* JAKOBS, Günther. Op. cit. p. 42-43.

<sup>56</sup> Loc.cit.

<sup>57</sup> Ibid. p. 35.

em termos kantianos trata como *homo phaenomenon*, ou seja, ser concebido meramente no mundo da experiência.

Como já visto, em Hobbes os inimigos restariam caracterizados nos casos rebelião, ou seja, de alta traição e demais delitos de lesa-majestade, vez que nesses crimes há uma recusa da submissão e conseqüente retorno ao estado de guerra. Portanto, esses indivíduos não serão castigados “segundo o direito civil, mas segundo o direito natural; isto é, não como maus cidadãos, mas como inimigos do Estado; e não pelo direito de governo, mas pelo direito de guerra.”<sup>58</sup>

Já para Kant, apenas aqueles que se recusam em participar de um estado comunitário-legal é que devem ser expulsos, estando, pois, o Estado autorizado a proceder contra eles de forma hostil, posto que representam uma ameaça constante àqueles que ingressaram neste estado de legalidade.

Ato contínuo, quem não pode oferecer segurança cognitiva suficiente de que se comportará como pessoa, não pode esperar, mormente exigir, ser tratado como tal, estando, nessa hipótese, o Estado legitimado a usar de coação contra esse indivíduo, visando eliminar o perigo que representa, estando, dessa forma, assegurado o direito das demais pessoas à segurança.

Adentrando em um campo prático, no âmbito da criminologia, muito embora não se destine a presente teoria à legitimar uma política criminal estatal, Jakobs vê em algumas espécies delitivas a atuação clara do legislador na adoção de uma legislação de combate. É cediço, na sociedade moderna, a existência de formas de criminalidade diferenciadas, seja pelo seu alto grau de potencialidade lesiva social, seja, outrossim, pela identidade das características dos autores sob a ótica da perspectiva criminológica.

Assim, tem-se como aspecto comum da conduta de seus agentes o fato de terem se desviado do Direito de modo supostamente duradouro, ou, ao menos, decisivo e, por isso, como já visto, não oferecem garantia cognitiva mínima necessária para serem tratados como pessoas.

Por outro lado, vislumbra-se o alto potencial de lesividade social na criminalidade econômica no terrorismo, na criminalidade organizada, nos crimes sexuais e, de forma geral, nas demais infrações penais perigosas, como o narcotráfico, tráfico de pessoas, etc.

---

<sup>58</sup> THOMAS, Hobbes. Op. cit. p.267.

O que se percebe nas sociedades modernas é um grande déficit crônico do Direito Penal frente a essas novas formas de criminalidade grave. Com efeito, a criminalidade econômica, por exemplo, supera, tanto no grau de lesividade social, como na produção de danos materiais e imateriais a criminalidade tradicional contra o patrimônio.

No entanto, como bem pondera Luis Gracia Martin<sup>59</sup>, o Direito Penal Econômico ainda define seu conteúdo com base no conceito de delito econômico formulado na década de 40, caracterizado tão somente pelo elevado status do agente e praticado no exercício de sua profissão.

Neste diapasão, os inimigos são os indivíduos cuja conduta, na vida econômica e mediante sua incorporação a uma organização estruturada que opera a margem do Direito, se dedica a atividades inequivocadamente delituosas, o que reflete seu afastamento duradouro (e não incidental) e até mesmo definitivo do ordenamento jurídico.

Destaque-se ainda que o desenvolvimento dessas atividades requer o estabelecimento de eficientes estruturas organizacionais, desenvolvendo aquilo que a doutrina denomina de criminalidade organizada que, em um contexto de globalização das sociedades atuais, confere à tais atividades maior poder ou facilidade para escaparem do controle político e jurídico dos Estados, configurando, assim, o grande déficit crônico das sociedades modernas frente a esses organismos, como já afirmado.

Assim, a caracterização de tais agentes como “inimigos”, conforme esclarece Silva Sánchez<sup>60</sup> requer a efetivação de certas circunstâncias, como a reincidência, a habitualidade, o profissionalismo delitivo e, como explicitado, a vinculação à organizações delitivas estruturadas, ao passo que se leva em consideração além do significado que cada fato delitivo concreto representa, ante a elevada lesividade social que supõe esse tipo de criminalidade, a dimensão fática de periculosidade aferida na conduta desses indivíduos e que deve ser prontamente combatida.

Por oportuno, convém novamente relembrar da periculosidade fática atribuída por Jakobs<sup>61</sup> aos inimigos. Em sendo possível a vigência da norma que se destina a configuração da sociedade manter-se de maneira completamente contrafática, tampouco a personalidade, visto também ser um contexto normativo de comunicação acerca da expectativa de manutenção da vigência normativa, o inimigo, ao se portar contrafaticamente de maneira

<sup>59</sup> MARTIN, Luis Gracia. Op. cit. p. 128.

<sup>60</sup> SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. Op. cit. p. 164.

<sup>61</sup> JAKOBS, Günther ; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo, Noções e Críticas**. Org. e Trad.: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 45-48.

duradoura e habitual, estará despido de sua personalidade real, atributo inerente aos cidadãos, ante sua periculosidade fática revelada no seu comportamento infinitamente contrafático.

Desta feita, definitivamente os inimigos são indivíduos (mais uma vez, frise-se, não são pessoas, mas seres humanos que se situariam no estado de natureza hobbesiano) que com suas condutas encerram uma negação frontal aos princípios políticos ou socioeconômicos básicos, violando instituições sociais essenciais ou mesmo bens jurídicos de tutelaridade individual e, com isso, rechaçam, por princípio e não por erro, a legitimidade do ordenamento jurídico. E, por perseguirem a destruição dessa ordem, representariam perigos que ameaçam constantemente a sociedade.<sup>62</sup>

Por derradeiro, merece destaque uma questão suscitada pela ferrenha crítica que não encontra no discurso jakobsiano esclarecimento suficiente acerca do momento no qual pode ser a condição de inimigo imputada ao agente<sup>63</sup>. Ora, em sendo a perda do *status* de pessoa *conditio sine qua non* para a conversão do cidadão em mero postulado, ou seja, em um inimigo excluído da sociedade, essa despersonalização seria uma condição da qual o indivíduo seria portador quando da realização de um fato típico revelador de especial periculosidade ou lhe seria atribuída posteriormente, como consequência de sentença condenatória emanada do processo instaurado contra ele.

Trata-se, pois, de questão de ordem pragmática: se já é inimigo, por exemplo, o membro de uma organização criminosa habitual, permanente e profissional, a sentença penal contra ele imposta terá natureza meramente declaratória, apenas reconhecendo sua condição anterior de não-pessoa.

No entanto, considerando-se que o inimigo só será excluído e privado de seu *status a posteriori* por força da sentença, esta terá, então, natureza constitutiva. Aqui, obedecer-se-ia a máxima pela qual todos os criminosos teriam, a qualquer tempo, o direito de serem tratados como pessoas.

Ocorre que, em que pese Jakobs não solucionar de forma expressa a questão, defende que para ser pessoa é preciso participar, ou seja, cumprir a dívida portável de que trata Hobbes contraída quando o surgimento da sociedade civil em comportar-se com fidelidade ao Direito. Portanto, apenas têm o direito de ser tratado como sujeito de Direito aquele que promete fidelidade jurídica.

Assim, constata-se em Jakobs que é o próprio indivíduo que se coloca na posição de

<sup>62</sup> Ibid. p. 27.

<sup>63</sup> MARTIN, Luis Gracia. Op. cit. p. 124-125.



inimigo, sendo sua exclusão sempre uma auto-exclusão, ainda que parcial, mas sempre causada pelo próprio agente. A princípio, isso poderia ser entendido no sentido de que a decisão de se afastar da sociedade civil e transformar-se em inimigo seria do criminoso e, portanto, o Estado apenas a reconheceria quando da sentença.

Todavia, o próprio Autor coloca também que a sociedade decide, ela mesma, quem está nela incluído e quem não está, posto que o inimigo, em geral, preferiria continuar incluído, sendo, pois, com base nessa premissa uma condição que lhe é imposta *a posteriori*, em razão de uma ordem condenatória e, portanto, de caráter constitutivo.

Pois bem, a idéia temporal do momento da percepção de carência ou privação do status ou da auto-exclusão do inimigo não é de toda solucionada por Jakobs. Dentro do discurso histórico, podemos encontrar em seus precursores filosóficos algumas considerações acerca do tema.

Kant<sup>64</sup> parece considerar as duas hipóteses suscitadas, a saber, tanto aquele indivíduo que sempre esteve em um estado de natureza e, portanto, já se encontra e antemão excluído da cidadania, quanto aquele que, em estando em um estado legal, deixa de oferecer segurança cognitiva de seu comportamento, quando, então, será privado de seu *status*.

Já em Hobbes<sup>65</sup>, o inimigo sempre está excluído, seja porque nunca esteve vinculado ao pacto de obediência, seja porque renuncia posteriormente sua observância e cumprimento.

Concluindo, inimigo, em Jakobs, se torna todo aquele que não realiza o que denomina de a garantia cognitiva mínima de comportamento pessoal. Desta feita, o tratamento como tal depende da precisão conceitual e da plausibilidade desta fórmula.

Com isso, por requerer um comportamento constantemente contrafático é que alguns vêm certa fragilidade de sua fórmula, vez que quem se comporta constantemente como "satã", quem se comporta recorrentemente de modo anômico é muito provavelmente, doente e merece tratamento, não podendo assim ser taxado de inimigo<sup>66</sup>.

### 3.2.3 O Direto Penal do Cidadão *versus* o Direito Penal do Inimigo

<sup>64</sup> KANT, Emanuel. Op.cit. p. 14-15

<sup>65</sup> HOBBS, Thomas. Op. cit. p. 267.

<sup>66</sup> BUNG, Jochen. Direito penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 62, p. 107-133, set./out. 2006.

Nem todo criminoso é adversário por princípio do ordenamento jurídico. Por essa razão, Jakobs pondera que Estado pode tratar os criminosos de duas formas: como cidadãos\pessoas delinquentes ou como indivíduos perigosos\inimigos, para os quais deve o ente estatal dispensar tratamentos jurídicos (ou não) distintos.

Surge, então, dois tipos ideais de Direito Penal que não correspondem a duas esferas isoladas ou mesmo a duas tendências opostas da Ciência Penal, mas se situam dentro de um mesmo contexto jurídico-penal, qual sejam: o Direito Penal do Cidadão, que otimiza as esferas de liberdade, e o Direito Penal do Inimigo, que potencializa a proteção a bens jurídicos.

Portanto, quando fala em Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo refere-se a dois tipos distintos de tratamento, a saber, uma do agente enquanto pessoa e outra como fonte de perigo ou meio de intimidação de outros, sendo certo que é praticamente impossível de serem encontrados em sua forma pura, posto ser perfeitamente possível que se sobreponham, isto é, que se ocultem aquelas que tratam do autor como pessoa e aquelas outras que o tratam como fonte de perigo .

Primeiramente, há que se entender que o Direito Penal do Inimigo é um direito de exceção, um direito de necessidade do Estado. Trata-se, pois, de um ordenamento distinto e com caráter excepcional e autônomo do denominado Direito Penal comum, aplicado aos cidadãos.

Cumprasseverar que o Direito Penal, dentro do ordenamento jurídico, constitui já uma ordem normativa especial, em virtude do princípio da subsidiariedade e *ultima ratio*. Desse modo, a lei penal só deverá intervir quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade, só atuando na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa<sup>67</sup>.

Assim, por exemplo, o criminoso cidadão, para o qual se aplica o Direito Penal comum, na comissão de um fato delitivo em face de bens jurídicos protegidos pela norma penal mantém o vínculo jurídico que o liga à sociedade e, ainda que tenha frustrado as expectativas normativas nele depositadas, receberá do Estado um trato jurídico.

---

<sup>67</sup> PRADO, Luis Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, v. 1: parte geral, arts 1º a 120. 5. ed. rev. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 149.

Para melhor entender a questão, um sujeito de direito ao orientar-se consoante uma conduta criminosa, será aferido concreta e objetivamente a periculosidade de sua ação, cuja valoração de acordo com critérios especificamente jurídico-penais pode acarretar em um juízo de maior gravidade do injusto.

Aí repousa a culpabilidade do agente em que se justifica e estará (ou deverá estar) sempre de acordo com a agravação da pena, segundo o princípio da proporcionalidade. Portanto, no caso de crime normal, a pena é uma espécie de reparação do dano, proporcional à culpa, imposta coercitivamente à pessoa do criminoso.

Neste diapasão, essas agravantes relativas à especial periculosidade da conduta do agente atuariam como critérios de imputação dentro do próprio Direito Penal comum que seriam levadas a cabo na tipificação penal das condutas e, assim, na maior gravidade do injusto. Em assim sendo, essas agravantes já e apenas estariam abarcadas na especialidade do Direito Penal comum.

Entretanto, o Direito Penal do Inimigo reveste-se, além de especialidade inerente à ciência Penal, de excepcionalidade. Mas, afinal, o que é o Direito Penal do Inimigo?

São regras jurídico-penais que, como suas correlatas, as regras do Direito Penal do Cidadão, somente são concebíveis enquanto tipos ideais. O Direito Penal do Inimigo é, essencialmente, uma violência silenciosa; o direito Penal do Cidadão é, sobretudo, comunicação sobre a vigência da norma.<sup>68</sup>

Na realidade, o chamado Direito Penal do Inimigo seria um Direito distanciado os fins próprios do direito Penal, quais sejam, a reafirmação do ordenamento jurídico ou da norma infringida segundo a ideologia das modernas Teorias da prevenção geral positiva, da prevenção geral de intimidação e da prevenção especial reabilitadora (ou reintegração social)<sup>69</sup>.

Tratar-se-ia, portanto, de uma legislação de combate, de luta ou de guerra contra os indivíduos especialmente perigosos, que nada significa, cujo fim seria a exclusão e inocuidade deste <sup>70</sup>, e conseqüente eliminação de um perigo. Em assim agindo, o Estado não fala com seus cidadãos, mas ameaça seus inimigos.

No esboço de suas argumentações, nota-se a patente preocupação de Jakobs em afirmar o caráter descritivo e não legitimador de suas idéias, vez que entende que o Direito Penal do Inimigo trata-se tão somente de uma constatação da Ciência como algo necessário

<sup>68</sup> JAKOBS, Günther ; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo, Noções e Críticas**. Org. e Trad.: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. xxv

<sup>69</sup> GRACIA MARTIN, Luis. Op. cit. p. 85.

<sup>70</sup> SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. Op. cit. p. 164.

dentro do Estado de Direito, de toda sorte que o caráter juridicamente indesejável dessa constatação não pode constituir uma objeção contra esse fato<sup>71</sup>.

Entendido e aceito isto, não se pode objetar que não existe um Direito Penal do Inimigo. Pode-se, contudo, aferir que o fato está incorretamente descrito ou, ainda, sendo este aceito, mudar a situação dos mesmos, hipótese em que o Direito penal do inimigo existente será abolido.

Ademais, vislumbra-se outra inquietação por parte do autor no tocante a um suposto caráter pejorativo da denominação Direito Penal do Inimigo. É certo que a expressão denota a existência de certa pacificação insuficiente, do contrário bastaria a especialidade do direito penal comum, mas é também certo que essa insuficiência não é atribuída tão somente aos pacificadores, mas também aos rebeldes.

Destarte, o Direito Penal do Inimigo não se destina a inspirar uma conduta espontânea, passional e impulsiva, mas implica em um comportamento orientado por regras. É com base nisso que defende a necessidade, visto não haver outra alternativa possível, de configurar um Direito Penal do Inimigo diferenciado em seus princípios constitutivos e regras operacionais com respeito ao Direito Penal do Cidadão.

Portanto, ao invés de negar sua existência, faz-se mister reconhecer que se trata de um direito de necessidade, emergencial e de exceção do Estado de Direito, para então delimitar sua esfera de atuação, de modo que esteja tão claramente separado do direito penal comum que expurgue qualquer perigo de que possa se infiltrar por meio de uma interpretação sistemática ou por meio da analogia ou de qualquer outra forma no direito penal dos cidadãos.

Sabido e constatado que a existência de inimigos, no sentido descritivo, é, pois, um fato real, bem como o é a falta de segurança cognitiva que advém de suas condutas e, portanto, não há que se falar em problema passível de solução pelos meios penais comuns, quiçá pelo aparato policial do Estado, Jakobs considera necessária a determinação e delimitação desse direito excepcional à medida do necessário, pelo que a introdução de diretrizes e fragmentos deste Direito Penal do Inimigo no direito penal geral representa um mal, sob a ótica do Estado Democrático de Direito.

Destaque-se que somente é possível determiná-lo como um Direito Penal do Inimigo em um Estado Democrático de direito, que reconhece e assegura os direitos e garantias individuais, ante sua natureza singular que não se verificaria em um Estado de Exceção, no

---

<sup>71</sup> JAKOBS, Günther. Op. cit. p. XXV.

qual seria aplicado como regra, sendo certo que nestes Estados toda sua legislação está inspirada pela ideologia de guerra contra os inimigos. Neste sentido, adverte que suas exposições sob hipótese alguma se prestam a incitação da violência, não podendo ser usadas como legitimação aos Estados de não-direito<sup>72</sup>.

Com efeito, o Direito Penal do inimigo não constitui um código de normas de destruição ilimitada, mas uma *ultima ratio* ao próprio sistema penal comum a ser aplicado de forma consciente e inteligente no Estado de Direito, pelo que, concretamente, verifica-se nele uma renúncia às garantias materiais e processuais do Direito Penal da normalidade.

Cuidaremos aqui, em caráter propedêutico, acerca das propostas normativas jurídico-penais de índole material, no seu sentido descritivo, ou seja, de mera constatação pelo Autor.

Tem-se, pois, como uma das primeiras manifestações Direito Penal do Inimigo a adoção de tipos penais que proporcionam uma ampla antecipação da punibilidade<sup>73</sup> para permitir o alcance de momentos nos quais os atos são praticados para proporcionar a preparação de fatos futuros. Aqui, diferentemente do ocorrido com o criminoso normal, não basta unicamente uma punição proporcional à culpa, mas deve-se proceder antes do fato, no seu estágio de preparação.

A evolução da punição da preparação do crime encontra como antecedente histórico, na visão de Jakobs, a alteração do Código Penal alemão em 1943, quando houve alteração do dispositivo que tratava de crimes graves contra a segurança pública, tendo sido o mesmo agravado, de modo que a pena cominada foi ligada àquela do fato planejado e, com isso, o crime contra a segurança pública foi transformado em uma verdadeira punição dos atos preparatórios<sup>74</sup>.

Aqui, a despeito das teorias apontadas para estabelecer uma delimitação entre as fases preparatória e executiva do ilícito, tem-se que no ato preparatório (*conatus remotus*) o agente estabelece condições prévias adequadas para a realização do delito, possibilitando sua execução (*conatus proximus*) que já seria, em princípio, a consecução dos elementos nucleares e periféricos do tipo. Do exposto, ressaí que, não obstante ambas as fases do *iter criminis* compreenderem atos externos, dentro de um sistema penal normal, apenas a execução seria punível.<sup>75</sup>

---

<sup>72</sup> Ibid. p. xxvii.

<sup>73</sup> Ibid. p. 44.

<sup>74</sup> Loc. cit.

<sup>75</sup> PRADO, Luis Régis. Op. cit. p. 149.

A punição do comportamento apenas planejado, ainda não ativado, opera-se em razão da falta de segurança cognitiva que produz quem age nesse âmbito prévio. São, assim, criminalizados, por exemplo, comportamentos de mera colaboração com grupos ou organizações terroristas, bem como apologia das infrações de terrorismo ou de seus autores.

Por conseguinte, percebe-se, nesses casos, uma nítida exceção ao princípio da ofensividade ou lesividade, que rege o direito penal comum, pelo qual não há delito sem que haja efetiva lesão ou perigo de lesão a bem jurídico determinado<sup>76</sup>, ou, em termos jakobsianos, sem a efetivação do dano à vigência da norma atual que, no Direito Penal do Inimigo, dá lugar ao fato vindouro e ao perigo de danos futuros.

Assim, no caso do terrorista, tratado como aqueles que nega, por princípio, a legitimidade do ordenamento jurídico, estando, por isso, destinado em destruir esse ordenamento, não deve o Estado esperar sua atuação para depois restabelecer o equilíbrio da vigência da norma, mas deve tratar de eliminar o perigo e a pena, portanto, não se prestará à punição de fatos consumados, mas ao asseguramento contra fatos futuros.

Não se trata, pois, de um castigo a uma causação reprovável de um dano social, mas da eliminação preventiva da fonte de perigo que constituiu o homem definido como perigoso.

Uma segunda característica inerente à excepcionalidade até então tratada seria a desproporcionalidade das penas manifesta em um duplo sentido. Por um lado, a criminalização da conduta em um estágio prévio, isto é, a punibilidade dos atos preparatórios acima mencionada, não seria acompanhada por nenhuma redução de pena com relação à cominada para os fatos consumados ou tentados, considerando para tal exasperação a elevada periculosidade do ato preparatório realizado nessa esfera prévia.

Por outro lado, circunstâncias objetivas e pessoais, como o fato de o agente pertencer a uma de forma habitual e profissional a uma organização, são consideradas pelo legislador como agravantes que acaba por fixar penas desproporcionais.

De maneira geral, até mesmo os intérpretes e aplicadores do Direito lançam mão do que chamam de “personalidade voltada à prática delitiva” na dosimetria da pena. De fato, o que se percebe é um incremento de pena de acordo com a pessoa do réu, naquilo que é mais característico do direito penal do inimigo, ou seja, sua periculosidade e conseqüente probabilidade do cometimento de ilícitos futuros.<sup>77</sup>

---

<sup>76</sup> Ibid. p. 466 - 469.

<sup>77</sup> CALLEGARI, André Luís; ANDRADE, Roberta Lofrano. Traços do direito penal do inimigo na fixação da pena-base. **Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 15, nº 178, p. 2-3, set. 2007.

Abstraindo-se do cálculo da pena pelo juiz, cumpre falar na cominação em abstrato do *quantum* do pena feita pelo legislador. Neste contexto, vigora a proporcionalidade que, como já dito, corresponde a um pressuposto penal, de sorte que sua origem remonta à Antiguidade, mas foi somente no Iluminismo, em especial na obra de Cesare Beccaria que se consagrou como um princípio de proporção entre os delitos e as penas e, de certo modo, ao dano causado à sociedade, sendo este a verdadeira medida dos crimes.<sup>78</sup>

No entanto, o que se depreende das “legislações de combate” é um excesso na valoração da gravidade do fato antijurídico (desvalor da ação e desvalor do resultado) e a gravidade da pena cominada ou imposta. Ocorre que, essa desproporcionalidade denunciada coaduna em perfeito com o conceito que a pena adquire dentro da doutrina do direito penal do inimigo.

Aqui, pena é *coação*<sup>79</sup>, portadora de um significado, de uma resposta ao crime, na medida em que tanto o fato quanto a coação punitiva são meios de interação simbólica: enquanto o agente, considerado como pessoa, ao praticar o fato delituoso acarreta na desautorização da norma e na agressão à sua eficácia, a pena contra ele imposta significa a afirmação de que sua conduta é irrelevante para o sistema e que a norma continua vigorando inalterada. Já o fato do inimigo, quando praticado ou meramente na sua iminência, implicaria numa séria ameaça para o sistema ou para a ordem social, para a qual a pena buscará combater esse perigo, eliminando-o.

No caso normal de um crime, a pena pode ser entendida tanto como uma retribuição (*punitur quia peccatum est*), ou seja, como uma compensação do mal causado pelo crime (teorias absolutas), como também como um instrumento preventivo de garantia social para evitar a prática de delitos futuros (*punitur ut ne peccetur*), sendo esta entendida tanto como a prevenção geral que tem como destinatária a totalidade dos indivíduos, identificada como intimidação e exemplariedade, como a prevenção especial, voltada para o próprio delinquente, para evitar que volte a delinquir no futuro (teorias relativas).<sup>80</sup>

As teorias absolutas encontram sede notadamente na teoria da retribuição ética ou moral de Kant e na teoria da retribuição lógico-jurídica de Hegel que se assentam na idéia essencial de retribuição e o reconhecimento de certa relação de igualdade entre o delito praticado e sua punição, não obstante haver quem defenda que Hegel não pode ser incluído

<sup>78</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Editora Hermus, 1983. p. 229.

<sup>79</sup> JAKOBS, Günther ; CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. cit. p. 22.

<sup>80</sup> PRADO, Luis Régis. Op. cit. p. 553-567.

entre os retributivistas puros<sup>81</sup>.

Aqui, o importante mencionar é que a teoria hegeliana, que mais se aprofunda na construção de uma teoria positiva acerca da retribuição penal e na renúncia à necessidade de uma equivalência empírica no contexto do princípio da igualdade<sup>82</sup>, tem certa influência no pensamento de Jakobs.

Ao seu turno, em que pese ser Jakobs inadvertidamente tributário da concepção de pena de Hegel, naquele, a pena, além de eliminar a violação ao Direito (afirmação da liberdade) acarretada pelo crime (negação da liberdade), como defendido em Hegel<sup>83</sup>, também surge como confirmação do Direito, ou de modo mais específico e adequado ao presente trabalho, como confirmação da validade da norma penal violada.

Portanto, a pena pública, segundo Jakobs, não pode ser reduzida às fórmulas já citadas *punitur ne peccetur y punitur quia peccatum est*, atinentes às concepções retributivistas e da prevenção da pena, mas à manutenção normativa concreta da sociedade, que, desse modo, a legitima. Segundo o autor, pena pública é a manutenção do esquema de interpretação válido publicamente.<sup>84</sup>

Ocorre que, no trato com os inimigos, a pena não possui apenas um caráter simbólico, mas também físico, vez que a inequívoca resposta social que transmite com a mera reafirmação da validade normativa já não se mostra mais suficiente: na medida que se lida com tais indivíduos, deixa de existir por falta de reciprocidade, um tratamento jurídico para com os mesmos. Assim, em relação aos inimigos, o Direito é apenas coação física, chegando até a guerra, cujo vencedor, além de eliminar o perigo, determina quais são as regras, cabendo ao perdedor tão somente curvar-se a essa determinação.

A despeito desse estado de guerra, continua o Direito Penal do Inimigo sendo um código de normas, cuja normatividade é essencial para a limitação dessa coação apregoada. Em linhas gerais, não deve o Estado necessariamente excluir o inimigo de todos os direitos. Neste sentido, o sujeito submetido à custódia de segurança, por exemplo, fica incólume em seu direito de proprietário de coisas.

Ademais, não cabe ao Estado usar sua liberalidade em poder fazer tudo o que lhe é permitido fazer para não obstar num futuro a possibilidade de um acordo de paz. Outrossim,

<sup>81</sup> ZAFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit. p. 284-287.

<sup>82</sup> Loc. cit.

<sup>83</sup> HEGEL. **Princípios da filosofia do direito**. Trad.: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 89.

<sup>84</sup> JAKOBS, Günther. **Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido**. *Coleção Estudos de Direito Penal*. V. 3. Trad.: Maurício A. R. Lopes. São Paulo: Manole, 2003. p. 8-9.



não se pode olvidar que muito embora seja o inimigo um mero postulado jurídico, há que se assegurar sua humanidade.

Do exposto, há que se concluir pela existência de elementos materiais caracterizadores do Direito Penal do Inimigo, quais sejam, o adiantamento do âmbito de incidência da punibilidade, que passa adotar um enfoque prospectivo (pune-se o fato futuro), ao invés do caráter retrospectivo tradicional do Direito Penal do Cidadão; a acentuada desproporção na cominação da penas e, há ainda características secundárias como a incriminação, tais como, a tipificação de condutas cuja relevância reside precipuamente no seu caráter simbólico e a utilização de expressões vagas e ambíguas como técnica legislativa empregada da redação de tipos penais.

De todo modo, as teses de Jakobs não se aplicam em uma sociedade normativamente fragmentada, ao contrário, referem-se especialmente ao terrorismo e às demais formas de criminalidade organizada em Estados de direito consolidados. Crimes praticados em virtude de exclusão social, não podem receber o tratamento dispensado pelo Autor no direito penal do inimigo, visto que este não se destina a combater as mazelas sociais.

#### 4 DO PROCESSO PENAL DO INIMIGO

O terreno do processo penal dispensa especial enfoque no presente, pois, dado a instrumentalidade e funcionalidade inerentes ao processo de forma geral, aquele se presta ao conhecimento do fato e de todas as suas circunstâncias, permitindo, assim, a real aplicação e efetividade das normas materiais.

Destarte, segundo Jakobs, a já mencionada polarização entre o Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal do Cidadão igualmente permeia o Direito Processual Penal<sup>85</sup>. Assim, se por um lado o réu, dentro de um sistema acusatório, é um verdadeiro sujeito processual titular de garantias inalienáveis, por outro lado, ele será objeto de inúmeros atos processuais de coação multiforme.

Essa coação, ressalta<sup>86</sup>, não se dirige ao sujeito de direito que oferece garantias suficientes de se portar ao longo da instrução de forma não atentatória a eficácia do processo e a aplicação da lei penal (por exemplo, não ocultando provas ou fugindo), mas sim ao indivíduo que, com seus instintos e medos, torna-se um perigo para a regular tramitação do processo, conduzindo-se, nessa medida, como um inimigo.

Assim, da mesma forma que no Direito material, as regulações mais severas do Direito Processual do Inimigo cuidam da eliminação do perigo. Aqui, o objeto desse Direito (fala-se em objeto, como no sistema inquisitório, vez que também não há sujeito de direito, ou, *in casu*, sujeito processual integrante do pólo passivo da relação processual) é, outrossim, aquele que não fornece garantia cognitiva mínima necessária de fidelidade ao processo e, por conseguinte, ao ordenamento, sendo também, inimigos do Direito.

Por via de consequência, o Processo Penal do Inimigo traduz-se naquilo que Luigi Ferrajoli<sup>87</sup> denomina de processo inquisitório de conotação partidária do acusador e do órgão jurisdicional, transformado em um instrumento de luta contra a criminalidade organizada.

Nesse contexto, a significativa restrição das garantias e direitos processuais impõe-se como uma consequência necessária à própria configuração do Direito Penal do Inimigo e,

---

<sup>85</sup> JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**. Org. e Int.: Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2008. p. 15-16.

<sup>86</sup> Loc. cit.

<sup>87</sup> FERRAJOLI, Luigi *apud* MALAN, Diogo Rudge. Processo penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 59, p. 223-259, mar./abr. 2006.

assim como ocorre neste direito substantivo, a eliminação dos direitos pelo Estado far-se-á de modo juridicamente ordenado e não fora do Direito, mas na medida em que o Estado intervém sobre eles.<sup>88</sup>

É oportuno ressaltar que o processo penal, muito embora goze de autonomia científica e, por isso não é de todo certo chamá-lo de um direito adjetivo, serve à realização do direito penal material, preparando e organizando o cenário que necessita o direito substantivo para ser efetivo, sendo certo que sem o processo penal não haveria proteção aos bens jurídicos, tampouco a realização de algum dos fins da pena.<sup>89</sup>

Como, na realidade, o processo penal frente aos inimigos não tem o fim de imposição de uma pena, mas a vingança, para a qual, dentro de um estado de guerra, não se fazem necessárias garantias. Logo, o que se verifica nesse modelo processual penal é a inexistência de uma verificação empírica de fatos concretos imputados ao réu<sup>90</sup> (busca da verdade real ou material), pela adoção de técnicas inquisitivas e pela supressão de importantes institutos e princípios processuais.

Dentre os institutos típicos desse processo penal que avultam importância, podemos citar a incomunicabilidade do preso, introdução de amplas medidas de intervenção nas comunicações, de investigação secreta e clandestina, emprego de agentes secretos, ampliação dos requisitos autorizadores e dos prazos na decretação da prisão preventiva, bem como de outras cautelares pessoais para o cumprimento de fins investigatórios, adoção de mecanismos de delação premiada, recrudescimento do Direito Penitenciário com limitação dos benefícios penitenciários e regimes de execução penal sem quaisquer direitos para o apenado.

Tratam-se, pois, de institutos processuais de tutela de conhecimento, cautelar e de execução penal, que vêm sendo aplicados em larga escala como produtos da nova cultura de emergência tão inerente aos ideais do direito penal do inimigo no Direito Comparado, não só na matriz cultural européia-continental, mas também nos chamados Subprodutos Culturais da Emergência, que correspondem aos Estados latino-americanos<sup>91</sup>.

No que tange à tutela cautelar, tem-se o incremento dos poderes de invasão na liberdade individual, tanto na fase pré-processual, com as prisões para averiguações decretadas com base em meras suspeitas e com dispensa de autorização judicial e também

<sup>88</sup> JAKOBS, Günther ; CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. cit. p. 40.

<sup>89</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. Op. cit. p. 47.

<sup>90</sup> MALAN, Diogo Rudge. Processo penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 59, p. 223-259, mar./abr. 2006

<sup>91</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. Op. cit. p. 74-128.

com o isolamento total ou parcial do preso para evitar sua comunicação com o mundo exterior e até com seu defensor, como na *persecutio criminis in iudicio*, por meio de das prisões preventivas.

Já no campo da tutela de conhecimento, é na instrução probatória que se encontra o maior aso do processo do inimigo. Assim, são reduzidas consideravelmente as exigências de licitude e admissibilidade das provas, podendo-se valer até mesmo de práticas de tortura. Ademais, verifica-se também o incremento do direito premial, não muito aceito dentre os processualistas ante a inexistência de seguros índices criminológicos aptos a atestar a eficácia de tal medida.<sup>92</sup>

As regras de execução da pena também se tornam um campo de distinção entre o apenado cidadão e o inimigo. Entre elas, cabe mencionar aquelas que recrudescem as condições de classificação dos internos, vedando a adoção de regimes de cumprimento de pena mais benéficos para determinados criminosos e impondo, em muitos casos a prisão como regra.

Do ponto de vista principiológico, temos como ameaçados os princípios basilares do processo como a presunção de inocência, a ampla defesa e o contraditório e, por conseguinte a paridade de armas e a garantia do juiz natural, o que revela a flagrante despersonalização do indivíduo tal como ocorre no direito penal do inimigo.

Pelo exposto, conclui-se que os diferentes níveis de tratamento do acusado, ou até mesmo do mero indiciado, dentro do processo penal do inimigo apenas reforçam a formulação já antes constatada: um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não ode participar dos benefícios do conceito de pessoa.<sup>93</sup>

Assim, muito mais danoso seria incluir o inimigo no conceito de delinquente-cidadão, posto que o Estado que não quer privar o cidadão de suas qualidades vinculadas aos Estados Democráticos de Direito, sucumbiria, por exemplo, no trato com os terroristas, quando seria quase impossível a dissociação dos conceitos de “guerra” e de “processo penal”. Portanto, melhor seria o reconhecimento da existência de um direito penal do inimigo, visto que assim o corresponde processo penal, inobstante ser também uma guerra declarada, será, outrossim, uma guerra contida pelo próprio processo penal do inimigo.<sup>94</sup>

---

<sup>92</sup> Ibid. p. 128-129.

<sup>93</sup> JAKOBS, Günther ; CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. cit. p. 36.

<sup>94</sup> Loc.cit.

## 5 CRÍTICAS

Tentar-se-á nas considerações que seguem fornecer a ampla controvérsia instaurada na literatura jurídico-penal após a propagação das idéias de Jakobs.

As primeiras respostas ao discurso do direito penal do inimigo inaugurado pelo penalista alemão em 1985 não foram de todo críticas, dentre as quais se encontram várias manifestações positivas ou mesmo críticas superficiais. Com efeito, como ressalta o autor Luís Greco, no congresso de professores de direito penal de 1985 na Alemanha, que se seguiu após a publicação de seu primeiro artigo sobre o tema, objeções foram um fato singular<sup>95</sup>.

Até a virada do milênio, permaneceu o direito penal do inimigo como uma teoria quase que ignorada pela comunidade jurídica que apenas utilizava o conceito para definir, de maneira crítica, tendências atuais da legislação penal no mundo.

No entanto, em suas manifestações mais recentes acerca do tema, Jakobs, que até então tinha se preocupado em definir um conceito de direito penal do inimigo meramente descritivo e crítico, passou a empunhar a tese afirmativa, legitimadora e justificadora dessa linha de pensamento, fato que provocou apaixonadas reações.

Neste contexto, a discussão gerada após a virada do milênio (mais inequivocamente após o ano de 2003) culminou com a publicação de diversos estudos que cuidam dos fenômenos político-criminais modernos de maneira mais crítica, sempre classificando o direito penal do inimigo como um direito penal do risco, de emergência e do autor.

### 5.1 O Direito Penal do Inimigo como uma contradição em seus termos

---

<sup>95</sup> GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 56, p. 81 – 112, set./out. 2006

Uma das mais notáveis argumentações críticas que encontramos no direito internacional encontra sede nas formulações do já referido penalista espanhol Cancio Meliá<sup>96</sup>. Com efeito, suas considerações acerca do direito penal do inimigo em nada diferem da visão de Jakobs no que tange a constatação da realidade fenomenológica, todavia dela se distanciam, sobretudo, quanto ao diagnóstico realizado.

De fato, não obstante a constatação de Cancio Meliá de que o conceito de Direito penal do inimigo supõe um instrumento idôneo para descrever um determinado âmbito de grande relevância do atual desenvolvimento dos ordenamentos jurídico-penais, como Direito positivo, o direito penal do inimigo só integra o sistema jurídico-penal real, sendo certo que “Direito penal do cidadão é um pleonasmo; e Direito penal do inimigo, uma contradição em seus termos”.<sup>97</sup>

Dito de outro modo, o fato de que existe um direito penal do inimigo do ordenamento positivo não parecer suscitar dúvida alguma mesmo que por parte dos autores que se tem manifestado em sentido crítico à teoria<sup>98</sup>, o que não resta claro é se se trata de um conceito meramente descritivo ou afirmativo-legitimador.

Primeiramente, o conceito afirmativo-legitimador de direito penal do inimigo residiria na constatação de Jakobs pela qual o Estado teria o dever de não respeitar os seres humanos (entendidos aqui como aqueles que se desviam por princípio da norma) como pessoas, posto que, assim, estaria respeitando um direito legítimo dos demais cidadãos.

Ora, neste sentido, as idéias jakosianas suscitaram não menos que um escândalo na comunidade jurídico-penal consubstanciado em comparações com a recente história alemã, haja vista se assemelharem a ideologia racista (fascismo e comunismo) do nacional-socialismo, bem como às concepções estatais totalitárias, ante se caráter tido como autoritário.

99

No entanto, poder-se-ia valer-se do conceito de direito penal do inimigo apenas para fins de descrever uma determinada situação do direito positivo ou determinadas normas legais. Assim, ter-se-ia o direito penal do inimigo tão somente como um conceito descritivo.

<sup>96</sup> JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003. p. 19 e ss.

<sup>97</sup> JAKOBS, Günther ; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo, Noções e Críticas**. Org. e Trad.: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 54.

<sup>98</sup> SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. Op. cit. p. 166.

<sup>99</sup> GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 56, p. 81 – 112, set./out. 2006.

Este, ao seu turno, não obstante não gerar grandes objeções epistemológicas, levanta o debate acerca de sua possibilidade.

Aqui, podemos citar o autor Francisco Muñoz Conde<sup>100</sup> como sendo um daqueles que se manifesta contrariamente a este conceito descritivo, não por sua impossibilidade, mas sim porque o fato de limitar-se tão somente a descrever seria próprio de uma compreensão tecnocrática da ciência jurídico-penal, que faz do jurista um mero “notário”, tal como corresponderia o comportamento de jurista que apenas descreve o funcionamento de uma cadeia elétrica sem, no entanto, se manifestar a favor ou contra a pena de morte.

Por isso, se acende o debate de que Jakobs, não obstante sua preocupação de repetir que apenas descreve uma constatação extraída de um ordenamento real, na verdade estaria legitimando as idéias do direito penal do inimigo, posto que o operador do direito não pode lidar com o direito penal na qualidade de terceiros desinteressados, mas na de penalistas, como dogmáticos ou filósofos do direito penal.

Assim, na qualidade de penalistas dogmáticos ou filósofos, a crítica coloca a seguinte pergunta será essa categoria descritiva como o direito penal do inimigo integra conceitualmente o Direito Penal? Em outros termos: o direito penal do inimigo merece lugar no aparato conceitual de que se vale a ciência do direito penal?

A resposta oferecida por Cancio Meliá<sup>101</sup> é “não” ao propor duas diferenças estruturais e intimamente relacionadas entre si entre o direito penal do inimigo e o Direito Penal, quais sejam:

a) o Direito penal do inimigo não estabiliza normas (prevenção geral positiva), mas denomina determinados grupos de infratores; b) em consequência, o Direito penal do inimigo não é um Direito penal do fato, mas do autor. Há que ser enfatizado, de novo, que estas características não aparecem com esta nitidez no preto no branco, no texto da Lei, mas que se encontram sobretudo em diversas tonalidades cinzentas. Porém, parece que conceitualmente pode-se tentar a diferenciação.<sup>102</sup>

Neste contexto, Cancio Meliá<sup>103</sup> atribui ao Direito penal do inimigo jurídico-positivo uma função distinta do Direito Penal (do cidadão) que consistiria na provável criação (artificial) de critérios de identidade entre os excludentes, mediante exclusão, também manifesta nas formulações técnicas dos tipos, com a demonização de certos grupos de autores.

<sup>100</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre El “Derecho penal del enemigo”*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p. 29.

<sup>101</sup> JAKOBS, Günther ; CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. cit. p. 75.

<sup>102</sup> Ibid. p. 75-76.

<sup>103</sup> Ibid. p. 79.

Com isso, ao oferecer uma resposta jurídico-penal funcionalmente distinta a ofertada pelo Direito Penal revelada numa reação estruturalmente diversa e excepcional aos princípios e regras de responsabilidade penal, o direito penal do inimigo praticamente reconhece a competência normativa do infrator, ou seja, sua capacidade de questionar a norma, vulnerando-a.

Portanto, ao negar a possibilidade de existência do direito penal do inimigo, Cancio Meliá o coloca como sendo uma reação internamente disfuncional, acreditando que a resposta idônea ao questionamento de uma norma deva estar na “manifestação de normalidade, na negação da excepcionalidade, isto é, na reação de acordo com critérios de proporcionalidade e de imputação, os quais estão na base do sistema jurídico-penal normal.”<sup>104</sup>

Somente assim é que se nega ao infrator competência normativa, ou seja, capacidade de questionar as normas tidas como socialmente essenciais e especialmente vulneráveis.

Estabelecida a primeira diferença, qual seja, a disfuncionalidade do direito penal do inimigo que não se destina a estabilizar a norma, mas classificar mediante exclusão determinados grupos de infratores, cumpre aqui descrever a segunda e última diferença elencada por Cancio Meliá<sup>105</sup>: a incompatibilidade do Direito Penal do Inimigo com o princípio do direito penal do fato.

O direito penal do fato se cristaliza na necessidade estrutural de um fato como conteúdo central do tipo, restando, pois, excluídos da responsabilidade jurídico-penal os meros pensamentos, bem como meras atitudes internas do autor. Em sendo assim, o direito penal do fato em detrimento do direito penal do autor se impõe, dentro de uma sociedade moderna, como um princípio genuinamente liberal, posto assegurar a esfera de intimidade atribuída a cada cidadão.

Já o direito penal do autor orienta-se em circunstâncias pessoais e de ordem interna do indivíduo. Apesar de não haver um critério unitário de identificação acerca do tema, o direito penal do autor ao proíbe o ato em si, mas o ato como uma manifestação de uma forma de ser do autor. Assim, a reprovabilidade da conduta não recairia sobre o fato, mas sobre a personalidade de seu autor.

Neste embate, Zaffaroni e Pierangeli<sup>106</sup> salientam que o direito penal do autor se trata de uma corrupção do direito penal, vez que parte de uma concepção antropológica, pela qual o

---

<sup>104</sup> Ibid. p. 78.

<sup>105</sup> Ibid. p. 80.

<sup>106</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit. p. 119.



homem é incapaz de autodeterminar-se consoante critérios morais de escolha entre bem e mal. Com isso, “o ato é o sintoma de uma personalidade perigosa, que deve ser corrigida do mesmo modo que se conserta uma máquina que funciona mal.”<sup>107</sup>

Realizadas as devidas críticas ao direito penal do autor, Zaffaroni e Pierangeli, no entanto, reconhecem que o direito penal do ato (como chamam do direito penal do fato) não é percebido de forma pura nos ordenamentos penais pátrios, mas ainda assim prosseguem em suas objeções:

Sabemos que, na prática, o sistema penal e seu regime de “filtros” fazem com que o direito penal de ato não se realize plenamente em nenhum país. Sem embargo, uma coisa é constatar esse dado de realidade e outra, muito diferente, é sustentar teorias que não só tratem de conter ou controlar a deformação do direito penal do ato pela prática do sistema, como também constituam verdadeiras racionalizações justificantes de tais práticas. Como o são, em definitivo, as teses quem em qualquer medida e mediante qualquer argumento [...] postulam um direito penal de autor ou o introduzem subrepticamente na construção dos conceitos do saber penal.<sup>108</sup>

Assim, não é só um determinado fato que se encontra na base da tipificação penal, mas também outros elementos, bastando que sirvam à caracterização do sujeito ativo como pertencente a uma categoria de indivíduos, na hipótese em tela representada pelos inimigos.

Ademais, vislumbra-se sua manifestação na adoção de outras técnicas de tipificação como os diversos âmbitos de antecipação das barreiras de punição, a eliminação iuspositiva das diferenças entre preparação e tentativa e de participação e autoria.

Por conseguinte, o direito penal do inimigo como um direito do autor destoa do Direito penal comum na medida em que suas regulações possuem, como regra, uma direção mais baseada na identificação de determinado grupo de sujeitos, denominado de inimigos que não oferecem garantias de um comportamento, que na definição de um fato que coloque em dúvida a vigência da norma.<sup>109</sup>

Portanto, em Cancio Meliá<sup>110</sup>, o direito penal do inimigo, sob hipótese alguma se coloca como um inevitável segmento instrumental de um Direito Penal moderno, seja porque se apresenta como politicamente errôneo e, dessa forma, inconstitucional, seja porque não contribui, no plano empírico, à prevenção policial-fática de delitos, mas, sobretudo, porque não integra conceitualmente o direito penal, havendo, pois, uma contradição em seus termos.

<sup>107</sup> Loc. cit.

<sup>108</sup> JAKOBS, Günther ; CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. cit. p. 120.

<sup>109</sup> Ibid. p. 80 – 81.

<sup>110</sup> Ibid. p. 72-81.

No entanto, com o objetivo de enriquecer o debate, cumpre registrar que o próprio Jakobs<sup>111</sup> já parecia prever tais oposições acerca do conteúdo jurídico de suas idéias, pelo que manifestou certa preocupação, como já visto, concernente a um suposto sentido pejorativo atinente a denominação direito penal do inimigo, o qual, segundo o autor, não legitimaria um comportamento espontâneo ou afetivo, mas apenas atuações regradas.

Com isso, Jakobs parece reafirmar o caráter de Direito do direito penal do inimigo, na medida em que suas regras imporiam certos limites ao exercício do poder e da coação do Estado. Ocorre que, em que pese tal constatação, o próprio Jakobs<sup>112</sup> reconhece, em outro momento de suas exposições, que na medida em que o Estado lida com um inimigo como um inimigo, deixa de existir, por falta de reciprocidade, um trato jurídico nessa relação, mas, nem por isso, deve ele ser desprovido de limites.

Por fim, há de se destacar uma terceira corrente de autores que não demonstram concreta posição favorável ou não ao caráter de Direito aos dispositivos do direito penal do inimigo. A par disso, Silva Sanchez<sup>113</sup> coloca, apenas em termos descritivos, tal questão conceitual sobre se é Direito ou se, ao contrário, é um “não-Direito”, isto é, uma pura reação defensiva de fato frente a sujeitos excluídos.

Neste sentido, Luis Martin Gracia<sup>114</sup> não vislumbra na seara de argumentos acima oferecida fundamentação suficiente apta a rechaçar seus dispositivos de legitimidade ou validade. No entanto, desloca o problema para outro patamar: seria possível legitimar a existência de um “Direito de luta contra os inimigos” como “complemento” do Direito Penal em uma sociedade democrática e em um Estado de Direito, como propõe Jakobs, e, ainda assim, resguardar seu caráter de direito, vez que será tido como uma exceção porque suas normas terão como conteúdo apenas o exercício da coação e da força.

## 5.2 O conceito de “inimigo”

---

<sup>111</sup> JAKOBS, Günther Op. cit. p. 1 - 2

<sup>112</sup> Ibid. p. 40.

<sup>113</sup> SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. Op. cit. p. 166.

<sup>114</sup> GRACIA MARTIN, Luis. Op. cit. p. 160.

De todo modo, a expressão “inimigo” foi a responsável pela maioria das objeções à Teoria em comento, sobretudo porque o direito penal do inimigo se constrói a partir do reconhecimento desses destinatários como “não-pessoas”. Assim, a idéia de um ordenamento dirigido a inimigos, cujo cerne reside na negação da condição de pessoas (despersonalização) conduziria necessariamente a mesma conclusão obtida acima: as disposições típicas do direito penal do inimigo não apresentam o caráter de *direito*.<sup>115</sup>

Para tanto, parte-se da concepção de Welzel<sup>116</sup>, pela qual somente pode ser Direito a ordem normativa que se impõe em virtude de seu caráter obrigatório, e não como uma ordem que se impõe por meio de meros atos de coação de um poder superior. Isto porque somente aquela ordem é que se demonstra capaz de obrigar uma pessoa, enquanto que esta converte o homem em um mero objeto de influência física, fazendo dele uma coisa entre as coisas.

Acompanhando Welzel, mas desenvolvendo uma argumentação diferenciada, Muñoz Conde<sup>117</sup> defende que em um Estado de Direito democrático que tenha como primado o respeito ao Princípio da dignidade humana, ninguém nunca pode ser definido como não-pessoa.

Ainda segundo o autor, o Direito Penal é um sistema de imputação cujas regras, por serem fixadas com base em critérios objetivos e subjetivos de atribuição de responsabilidade por um determinado fato delituoso a uma pessoa para impingir-lhe uma pena, não podem apartar-se de um determinado conteúdo valorativo, isto é, de determinada concepção do ser humano, da sociedade e do Estado.

Entretanto, como já detalhadamente visto, o conceito de pessoa em Jakobs supera o conceito de ser humano que identifica a pessoa de Muñoz Conde, posto ser uma construção normativa atribuída aos homens (um mero sistema psíquico). Assim, na lógica interna do discurso jakobsiano é possível a existência de não pessoas, as quais logra chamar de inimigos.

Com efeito, é neste diapasão que encontramos o grande temor levantado pelos críticos sendo, pois, o principal alvo das críticas: a recusa aos seres humanos de seu *status* de pessoa e sua taxação como inimigos. Neste contexto, a grande preocupação suscitada nas objeções repousa no fato pelo qual o sistema penal, para ser exercido permanentemente, sempre procurou por “inimigos” e mais, a História demonstra que o poder político, a fim de assegurar

---

<sup>115</sup> Ibid. p. 158.

<sup>116</sup> WELZEL, Hans *apud* GRACIA MARTIN, Luis. Op. cit. p. 159.

<sup>117</sup> Ibid. p. 161.

sua perpetuação, procura sempre se revelar como um poder de defesa de combate ao inimigo. Há muito essa ideologia permeia os sistemas político-penais do mundo.

Assim, os inimigos dentro de uma concepção cultural, social e política seriam os únicos capazes de fornecer uma identidade às nações, daí a grande motivação das forças políticas em segregar e estigmatizar os inimigos, valendo-se para tanto do Direito Penal.

Insurge-se aqui Zaffaroni<sup>118</sup> em uma breve análise dos discursos jurídico-penais e criminológicos legitimadores do tratamento penal diferenciado dispensado aos seus inimigos ao longo da História. Inicialmente, a primeira emergência foi teorizada pelos criminólogos medievais, que elegeram como primeiros inimigos do Estado foram os hereges, as bruxas, feiticeiros, curandeiros contra os quais e em nome de Cristo eram impostas rígidas penas como a fogueira<sup>119</sup>.

Já na Idade Moderna, com o advento da Revolução tecno-científica e industrial, os inimigos do estado não se circunscreviam aos inimigos graves, mas se tratavam, sobretudo, dos indisciplinados e indesejáveis da sociedade, em que se incluíam os pobres e marginalizados, tidos como classes perigosas, que constituíam o grande exercito de reserva, instaurando-se a partir o estado policial para o controle da massa excluída<sup>120</sup>.

Já no século XX, a fonte de inimigo passa a ser a degeneração da raça com o surgimento das idéias nacional-socialistas que pregavam a exclusão determinados grupos, servindo de base à instalação de regimes autoritários e totalitários. Neste diapasão, a elaboração de um tratamento penal diferenciado ao estranho ou inimigo encontrou sede na legitimação racionalizadora de Edmund Mezger<sup>121</sup>, o qual elaborou um projeto sobre estranhos à comunidade, destinado a eliminá-los nos campos de concentração.

Com efeito, a exclusão proposta pelo direito penal do inimigo não se destina especificamente a uma classe social ou a um determinado grupo étnico-racial, mas àqueles que não oferecem, de uma maneira geral, garantia mínima cognitiva de comportamento pessoal (cartéis de droga, criminalidade ligada à imigração, formas de criminalidade organizada e terrorismo), mas revelam um potencial para o cometimento de delitos, tendo o Estado, por isso, o dever de eliminá-los como uma fonte de perigo.

---

<sup>118</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal. Coleção Pensamento Criminológico, v. 14.**

Trad. : Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Renavan, 2007, p. 83-114.

<sup>119</sup> Ibid. p. 86-87.

<sup>120</sup> Ibid. p. 90-101.

<sup>121</sup> MEZGER, Edmund *apud* ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit. p. 104-105.

Assim, o caráter *a priori* bélico de inimigo em Jakobs acendeu o debate acerca da possibilidade de ser este usado como justificativa a sistemas totalitários atuais e futuros, sobretudo em razão do cenário político mundial, dando ensejo à pior forma de terrorismo, o chamado terrorismo estatal.<sup>122</sup>

A despeito das críticas acerca de uma suposta conotação beligerante de seus termos, Cancio Meliá<sup>123</sup> enxerga os inimigos de que trata Jakobs mais em um sentido pseudo-religioso do que propriamente nessa acepção tradicional-militar. Ao seu ver, o direito penal do inimigo não propaga operações de combate de forma fria, calculista e com prudência, mas desenvolve uma cruzada contra malfeitores cruéis, ao que destaca em sua explanação:

Em efeito, a identificação e um infrator como inimigo, por parte do ordenamento penal, por muito que possa parecer a primeira vista, uma qualificação como outro, não é, na realidade, uma identificação como fone de perigo, não supõe declará-lo um fenômeno natural a neutralizar, mas, ao contrário, é um reconhecimento de função normativa do agente mediante atribuição de perversidade, mediante sua demonização. Que outra coisa não é Lúcifer senão um anjo caído? Neste sentido, a cara genética do punitivismo (a idéia de incremento da pena como único instrumento de controle da criminalidade) se recombina com a do Direito penal simbólico (a tipificação penal como mecanismo de criação de identidade social) dando lugar ao Direito penal do inimigo.<sup>124</sup>

Por outro lado, a despeito das discussões acerca do conteúdo axiológico da expressão “inimigo” em Jakobs, se o direito penal do inimigo se constrói a partir do reconhecimento de seus destinatários como “não-pessoas”, a doutrina coloca a seguinte questão: em que momento inimigo é definido como “não-pessoa”?<sup>125</sup>

Tal questão já veio a lume no presente. No entanto, cumpre agora trazer ao debate outro aspecto atinente a essa indagação, qual seja, a determinação ao final do processo da privação da condição de pessoa ao indivíduo e sua posterior declaração como inimigo tenderia a esvaziar os postulados da doutrina do direito penal do inimigo posto que iria manter como destinatários do Direito Penal os cidadãos e não os inimigos.

Aqui, parte-se do pressuposto pelo qual o direito penal do inimigo trata-se de uma resposta a determinados tipos de delinquentes, qual sejam, aqueles que infringem permanentemente o direito penal (do cidadão). Pois bem, para comprovar se o indivíduo realmente infringiu o direito do cidadão, ele deve ser submetido necessariamente ao processo

<sup>122</sup> GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 56, p. 81 - 112. 2006

<sup>123</sup> JAKOBS, Günther ; CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. cit. p. 71- 72.

<sup>124</sup> Loc. cit.

<sup>125</sup> GRACIA MARTIN, Luis. Op. cit. p. 156.

penal do cidadão, regido pelas garantias processuais que lhes são atinentes como a presunção de inocência que, ao final, resultaria com manutenção ou exclusão de sua cidadania.

Com isso, tentam demonstrar os críticos que, em princípio, o direito penal do inimigo só poderia partir da existência prévia de pessoas, posto que o indivíduo conservaria a todo momento, desde o cometimento da infração até a sentença condenatória seu *status* de cidadão. E, por isso então, que os conteúdos e regras materiais do direito penal do inimigo não poderão diferir das regras do Direito Penal do cidadão.<sup>126</sup>

### 5.3 O Direito Penal do Risco e o Direito Penal de Emergência.

O direito penal do inimigo e o direito penal do risco correspondem a duas importantes tendências atuais distintas, porém não independentes uma da outra e atreladas à expansão do Direito Penal e do poder do Estado, bem como à paralela redução das liberdades civis<sup>127</sup>.

Assim, em uma primeira visão crítica, enquanto que o direito penal do risco é uma mudança no modo de entender o direito penal e de agir dentro dele, o direito penal do inimigo é tido, em contrapartida, como uma “consequência fatal e que devemos repudiar com todas as forças de um direito penal do risco que se desenvolveu e continua a se desenvolver na direção errada.”<sup>128</sup>

De fato, há muito a ideologia do risco vem invadindo e permeando a sociedade frente aos problemas sociais do mundo pós-moderno, de sorte que os reflexos na política criminal, na teoria penal e na dogmática do Direito Penal são inegáveis, não só numa análise teórica, mas também de forma empiricamente comprovável.

Com efeito, o direito penal do risco integra em parte a mutação da ciência penal e sua tendência expansiva atual já tratada acima. Assim, sob a ótica da dogmática do risco, o autor Cornelius Prittwitz caracteriza essa mutação para um direito penal expansivo dentro de uma tridimensionalidade etimologicamente próxima e intencional daquilo que se trata:

<sup>126</sup> Ibid. p. 158.

<sup>127</sup> PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal de política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 47, p. 31-45, mar./abr. 2004.

<sup>128</sup> Ibid. p. 32.

[...]de admitir novos candidatos no círculo de direitos (como o meio ambiente, a saúde à população e o mercado de capitais), deslocar para frente a fronteira entre comportamentos puníveis e não-puníveis – deslocamento considerado em geral, um pouco precipitadamente, como um avanço na proteção exercida pelo direito penal – e finalmente em terceiro lugar de reduzir as exigências de censurabilidade, redução esta que se expressa na mudança de paradigmas, transformando lesão aos bens jurídicos em perigo aos bens jurídicos.<sup>129</sup>

Ademais, este direito penal do risco em expansão, especificamente dentro de elementos de política criminal, caracteriza-se ainda pela tipificação de comportamentos não pelo fato de serem considerados socialmente inadequados, mas com o fim de que sejam vistos como socialmente inadequados. Assim, essa nova criminalização não se preocupa prioristicamente com um comportamento faticamente violento, mas com aquele comportamento inofensivo se analisado superficialmente, cujos efeitos em longo prazo ou se percebidos reiteradamente, no entanto, podem superar os efeitos da criminalidade violenta clássica.

Com isso, por meio de da criminalização, obsta-se o comportamento de risco. Neste diapasão, a crítica que se faz ao direito penal do risco reside no que seria um suposto desenvolvimento errôneo de suas idéias quando estas passam, então, a ensejar a propagação do direito penal do inimigo.

Assim, quem defende a legitimidade e utilidade de um direito penal do risco dentro das sociedades pós-industriais que se acham à beira da autodestruição como uma reformulação necessária da ciência penal para continuar cumprindo sua finalidade, atribuem ao direito penal do inimigo o lado feio do direito do risco, sendo aquele o responsável por seu desvirtuamento fruto de um processo iniciado pela orientação do risco e pressionado pelos problemas aliados a multiplicação da mídia que traz consigo uma multiplicação real da insegurança, que exerce sobre a política criminal do Estado uma pressão quase irresistível<sup>130</sup>.

Com efeito, o que a crítica tem assinalado é que o sentimento de urgência que marca o presenteísmo não mais se afeiçoa ao anteriormente admitido com extremas reservas em direito, somente como um mal necessário o que era preciso acomodar-se em situações excepcionais. Entretanto, de forma contrária, hoje a urgência subverter com certa durabilidade a produção de todo direito<sup>131</sup>.

<sup>129</sup> Ibid. p. 39.

<sup>130</sup> Ibid. p. 44.

<sup>131</sup> GERBER, Daniel. Direito penal do inimigo: Jackobs, nazismo e a velha estória de sempre. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 820, 1 out. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7340>>. Acesso em: 12 nov. 2008.

Portanto, sob tal perspectiva, o Direito Penal de urgência perderia o cerne de seus fundamentos por deixar de ser um instrumento de proteção do cidadão, transformando-se em um mero instrumento de contensão social, gestão de riscos e gerenciamento de medos<sup>132</sup>.

Com isso, inclui-se no amplo debate, a crescente transformação do Estado de Direito em um Estado de segurança delineado pelo medo. Medo este que, conforme os céticos acentuam, aparece não apenas indiretamente no clássico exemplo de Jakobs<sup>133</sup> sobre o passeio noturno no parque da cidade, durante o qual se pode ser roubado ou morto, perfilhando um topos típico de medo da criminalidade.

Mas também em uma referência direta quando argumenta pela necessidade de uma cimentação cognitiva da confiança na vigência da norma numa sociedade juridicamente cunhada, posto que nela não apenas pessoas heróicas confirmam sua identidade, mas também indivíduos medrosos querem nela encontrar um meio de vida<sup>134</sup>.

Por outro lado, a doutrina coloca o direito penal do inimigo também como uma faceta do direito penal de emergência. Emergência, em Luigi Ferrajoli<sup>135</sup>, pode ser apresentada de duas formas distintas e simultâneas, seja como legislação de exceção no tocante a observância às regras constitucionais e às mutações legais, seja como a jurisdição de exceção, por sua vez degradada em relação à mesma legalidade alterada.

Em geral, emergência no mundo jurídico é um conceito ligado às exceções do estado democrático de direito constitucionalmente previstas, cujo fenômeno prescinde uma suposta necessidade de resposta perante a crise dos valores até então dominantes. Surge, assim, segundo Canotilho<sup>136</sup>, o direito de emergência como um direito de necessidade do estado que só é compatível com um Estado de direito democrático, constitucionalmente conformado, desde que seus pressupostos, competências, procedimentos e consequências jurídicas estejam previstos na lei fundamental daquele Estado.

<sup>132</sup> BONHO, Luciana Tramontin. Noções introdutórias sobre o direito penal do inimigo . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1048, 15 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8439>>. Acesso em: 12 nov. 2008 .

<sup>133</sup> JAKOBS, Günther ; CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. cit. p. 33.

<sup>134</sup> BUNG, Jochen. Direito penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 62, p. 107-133, set./out. 2006.

<sup>135</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e Ragione: Teoria del garantismo penale**. 3ªed. Roma-Bari: Laterza. p. 844. *apud* CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2002. p. 3.

<sup>136</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 973. *apud* CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2002. p. 3.



Ocorre que, diferentemente da emergência constitucional apregoada pelos autores supracitados, a emergência penal não possui seus limites temporais e geográficos previstos no texto legal, constituindo, contudo, uma situação de fato que leva a necessidade de adoção de medidas extraordinárias em face do aumento crescente e incontrolado da criminalidade, em especial a organizada, medidas estas que vêm recebendo o rótulo de movimento da lei e da ordem (*law and order*).<sup>137</sup>

Com isso, a busca que o sistema penal de emergência empreende no sistema repressivo volta-se a (re)legitimação do direito penal, fortemente abalada diante do caos instaurado pelo crescimento da criminalidade que colocam em xeque os padrões tradicionais de tratamento pelo sistema repressivo, de forma a legitimar a derrogação da normalidade e instauração da excepcionalidade.

É, pois, neste aspecto que reside o liame entre o direito penal de emergência e o direito penal do inimigo: a excepcionalidade. À luz da realidade fenomenológica, as circunstâncias que autorizariam a intervenção do direito penal do inimigo e, assim, da cruzada penal apregoada, teriam um significado específico e diferenciado que revelam uma especial periculosidade terminal para a sociedade.

Ocorre que, essa especial periculosidade combatida pelo direito penal do inimigo, conforme assegura Cancio Meliá<sup>138</sup>, não se verifica nos candidatos a inimigos das sociedades ocidentais eleitos por Jakobs em sua teoria. Naquele autor, isto se faz claro quando se analisa comparativamente a dimensão numérica das lesões aos bens jurídico-pessoais provocadas por tais condutas delitivas com outros tipos de infrações criminais praticadas em massa e que entram, em troca, plenamente dentro da normalidade.

Neste sentido, não haveria, pois, que se falar em excepcionalidade (ou emergência) tratada pelo direito penal do inimigo, posto que, não obstante cuidar de comportamentos delitivos que afetam elementos essenciais e especialmente vulneráveis da identidade das sociedades questionadas, não há um risco fático extraordinário para esses elementos essenciais, mas tão somente uma preocupação simbólica.

Assim, em Cancio Meliá<sup>139</sup>, uma resposta juridicamente-funcional deveria estar na afirmação do Direito Penal da normalidade, e não na afirmação de um Direito Penal para o

---

<sup>137</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. Op. cit. p. 4.

<sup>138</sup> JAKOBS, Günther ; CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. cit. p. 76-77.

<sup>139</sup> Ibid. p. 78.

inimigo. Portanto, "a resposta idônea no plano simbólico, ao questionamento de uma norma essencial, deve estar na manifestação de normalidade e na negação da excepcionalidade"<sup>140</sup>.

---

<sup>140</sup> Loc. cit.

## 6 CONCLUSÃO

Pode-se dizer que, enquanto a década de 80 é marcada pelo surgimento de um novo paradigma penal, marcado pelo Direito Penal liberal e as garantias que lhes são próprias, não só as garantias formais, mas, sobretudo, as materiais ínsitas ao próprio núcleo da idéia de Estado Democrático de Direito, o início da década de 90 é marcado pela crise desse novo paradigma pela maximização da intervenção penal.

O direito penal liberal da década de 80 ressurgiu sob a perspectiva do “garantismo” e do “direito penal mínimo”, com o reconhecimento da validade de princípios tais como os da culpabilidade, da humanidade da pena, da igualdade, da proporcionalidade e da ressocialização, de sorte que o controle social penal deveria ser cercado de garantias para que a liberdade do cidadão não fosse conspurcada.

Desta feita, os anos 80 ascenderam do debate sobre o Direito Penal que, dentro de um Estado Democrático de Direito, deveria ser mínimo e garantístico, expressando, apenas e exclusivamente, a idéia de proteção de bens jurídicos vitais para a livre e plena realização da personalidade de cada ser humano e, por conseguinte, assegurando a defesa dos direitos humanos.

Ocorre que, a crise deste modelo penal, intensificada na década de 90, trouxe a lume as novas tendências expansivas que permeiam o Direito Penal moderno e, por conseguinte, o Direito Penal do Inimigo enquanto discurso teórico doutrinário e enquanto orientação político-criminal.

Por isto, começou-se o presente trabalho, traçando-se as diretrizes modernas do Direito Penal, partindo-se destas novas tendências expansionistas da ciência penal e da política criminal na sociedade ocidental contemporânea, para então, proceder ao estudo da concepção de direito penal do inimigo, buscando maiores esclarecimentos teóricos e doutrinários, para a ampliação da compreensão do tema escolhido e das críticas atinentes à teoria.

De maneira geral, pode-se dizer que Jakobs estrutura sua teoria com base nas seguintes idéias: 1) o Estado tem direito a procurar segurança em face de indivíduos que reincidam persistentemente por meio da aplicação de institutos juridicamente válidos (exemplo: medidas de segurança); 2) os cidadãos têm direito de exigir que o Estado tome medidas adequadas e eficazes para preservar sua segurança diante de tais criminosos; 3) é

melhor delimitar o campo do Direito Penal do Inimigo do que permitir que ele contamine indiscriminadamente todo o Direito Penal.

Contudo, como visto, essas manifestações acenderam um forte debate na comunidade jurídica que se insurgiu, sobretudo, no tocante a contradição de seus termos, e, portanto, sua negação enquanto direito, seja pela sua disfuncionalidade, seja pela violação ao princípio do direito penal do fato, e, por conseguinte, a inconstitucionalidade de suas idéias.

Do exposto tem-se que, em tempos de luta acirrada pelo constitucionalismo e pela democracia, as idéias de Jakobs se situam em um delicado patamar que coloca em xeque a própria aplicabilidade prática de suas propostas. Em verdade, o que se tem levantado é o forte caráter de exclusão, que constitui o cerne de sua teoria, daqueles indivíduos classificados como inimigos, para os quais se atribui tratamento diferenciado daquele dispensado aos cidadãos (neste sentido, o direito penal do inimigo não estabilizaria normas, tão somente exclui indivíduos).

A despeito da constatação acerca da realidade fenomenológica atual realizada por Jakobs, o que se deve sempre esperar do Direito Penal é a observância dos princípios constitucionalmente assegurados, dentre os quais se destacam a dignidade humana e a igualdade jurídica dos homens, que correspondem a verdadeiros primados basilares do Estado Democrático de Direito, consagrados desde a Revolução Francesa em 1789.

Com efeito, à luz das garantias e direitos do homem e do cidadão que permeiam as sociedades democráticas da atualidade, encontra as propostas jakobsianas grande óbice no que concerne sua concepção enquanto Direito dentro do ordenamento dado seu caráter inconstitucional, consoante se extrai de seu discurso que, além de atentar contra a dignidade e igualdade humana, viola, outrossim, princípios setoriais como o devido processo legal, ampla defesa, contraditório, presunção de inocência, dentre outros.

Por isso, se defende que a tendência jurídico-penal mais funcional a ser adotada e que deve, portanto, prevalecer é aquela que se expressa na afirmação da normalidade e negação da excepcionalidade, vez que esta ultrapassa os limites constitucionalmente previstos, devendo ser, pois, rechaçada.

Ademais, o que se tem visto nos Estados que adotaram uma legislação de combate, a qual faz o autor menção, é que o incremento das tutelas penais não fora acompanhado pela respectiva redução dos índices de criminalidade conforme esperado, o que denota certa frustração nas suas propostas como meios efetivos de defesa social que se destinam a ser.

Portanto, uma vez constatada e descrita de forma prognóstica a realidade, o diagnóstico a ser adotado pelo Direito Penal há de encontrar sempre limites constitucionais, de forma a assegurar as conquistas e avanços obtidos nas últimas décadas em matéria de garantias constitucionais e de Direitos Humanos, notadamente quando percebidos em sede criminal.

## REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Editora Hermus, 1983.

BONHO, Luciana Tramontin. Noções introdutórias sobre o direito penal do inimigo . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1048, 15 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8439>>. Acesso em: 04 nov. 2008.

BUNG, Jochen. Direito penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 62, p. 107-133, set./out. 2006.

CALLEGARI, André Luís; ANDRADE, Roberta Lofrano. Traços do direito penal do inimigo na fixação da pena-base. **Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 15, nº 178, p. 2-3, set. 2007.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *De nuevo sobre El “Derecho penal del enemigo”*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

FRANCO, Alberto Silva. **Prefácio ao Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GERBER, Daniel. Direito penal do inimigo: Jackobs, nazismo e a velha estória de sempre. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 820, 1 out. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7340>>. Acesso em: 12 nov. 2008.

GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 56, p. 81 – 112, set./out. 2006

HEGEL, George Wilhem Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Trad.: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HOBBS, Thomas. **Leviatán o la material, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil**. Trad. : Carlos Mellizo. Madrid: Alianza Editorial, 1999.

JAKOBS, Günter ; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo, Noções e Críticas.** Org. e Trad.: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. **Derecho penal del enemigo.** Madrid: Civitas, 2003.

JAKOBS, Günter. **Direito Penal do Inimigo.** Org. e Int.: Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris* , 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido. Coleção Estudos de Direito Penal. V. 3.** Trad.: Maurício A. R. Lopes. São Paulo: Manole, 2003.

KANT, Emanuel. **Sobre la paz perpetua.** Trad.: Joaquín Abellán. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1996.

MALAN, Diogo Rudge. Processo penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 59, p. 223-259, mar./abr. 2006

GRACIA MARTIN, Luis. **Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo.** Trad de: Érika Mendes de Carvalho e Luis Régis Prado. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007.

PRADO, Luis Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, v. 1: parte geral, arts 1º a 120. 5. ed. rev. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal de política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 47, p. 31-45, mar./abr. 2004.

ROSSEAU, Jean-Jacques. **El contrato social o Principios de derecho político, Libro Segundo, V.** Trad.: María José Villaverde. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2000.

ROXIN, Claus. Tem futuro o Direito Penal? Doutrina Penal - primeira seção. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 790, ano 90, p. 468 - 469, agost. 2001

SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. **La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales** 3. ed. Madrid: Editora Civitas, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal. Coleção Pensamento Criminológico, v. 14**. Trad. : Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Renavan, 2007.